

Die bindende Wirkung des Erbvertrags

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Rudolf Hülsmeier

aus Recke

1985

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Battes
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Dekan: Prof. Dr. Schmidt
Tag der mündlichen Prüfung: 5. Dezember 1984

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Einleitung	1
II.	Einleitung	2
III.	Einleitung	3
IV.	Einleitung	4
V.	Einleitung	5
VI.	Einleitung	6
VII.	Einleitung	7
VIII.	Einleitung	8
IX.	Einleitung	9
X.	Einleitung	10
XI.	Einleitung	11
XII.	Einleitung	12
XIII.	Einleitung	13
XIV.	Einleitung	14
XV.	Einleitung	15
XVI.	Einleitung	16
XVII.	Einleitung	17
XVIII.	Einleitung	18
XIX.	Einleitung	19
XX.	Einleitung	20
XXI.	Einleitung	21
XXII.	Einleitung	22
XXIII.	Einleitung	23
XXIV.	Einleitung	24
XXV.	Einleitung	25
XXVI.	Einleitung	26
XXVII.	Einleitung	27
XXVIII.	Einleitung	28
XXIX.	Einleitung	29
XXX.	Einleitung	30
XXXI.	Einleitung	31
XXXII.	Einleitung	32
XXXIII.	Einleitung	33
XXXIV.	Einleitung	34
XXXV.	Einleitung	35
XXXVI.	Einleitung	36
XXXVII.	Einleitung	37
XXXVIII.	Einleitung	38
XXXIX.	Einleitung	39
XL.	Einleitung	40
XLI.	Einleitung	41
XLII.	Einleitung	42
XLIII.	Einleitung	43
XLIV.	Einleitung	44
XLV.	Einleitung	45
XLVI.	Einleitung	46
XLVII.	Einleitung	47
XLVIII.	Einleitung	48
XLIX.	Einleitung	49
L.	Einleitung	50
LI.	Einleitung	51
LII.	Einleitung	52
LIII.	Einleitung	53
LIV.	Einleitung	54
LV.	Einleitung	55
LVI.	Einleitung	56
LVII.	Einleitung	57
LVIII.	Einleitung	58
LIX.	Einleitung	59
LX.	Einleitung	60
LXI.	Einleitung	61
LXII.	Einleitung	62
LXIII.	Einleitung	63
LXIV.	Einleitung	64
LXV.	Einleitung	65
LXVI.	Einleitung	66
LXVII.	Einleitung	67
LXVIII.	Einleitung	68
LXIX.	Einleitung	69
LXX.	Einleitung	70
LXXI.	Einleitung	71
LXXII.	Einleitung	72
LXXIII.	Einleitung	73
LXXIV.	Einleitung	74
LXXV.	Einleitung	75
LXXVI.	Einleitung	76
LXXVII.	Einleitung	77
LXXVIII.	Einleitung	78
LXXIX.	Einleitung	79
LXXX.	Einleitung	80
LXXXI.	Einleitung	81
LXXXII.	Einleitung	82
LXXXIII.	Einleitung	83
LXXXIV.	Einleitung	84
LXXXV.	Einleitung	85
LXXXVI.	Einleitung	86
LXXXVII.	Einleitung	87
LXXXVIII.	Einleitung	88
LXXXIX.	Einleitung	89
LXXXX.	Einleitung	90
LXXXXI.	Einleitung	91
LXXXXII.	Einleitung	92
LXXXXIII.	Einleitung	93
LXXXXIV.	Einleitung	94
LXXXXV.	Einleitung	95
LXXXXVI.	Einleitung	96
LXXXXVII.	Einleitung	97
LXXXXVIII.	Einleitung	98
LXXXXIX.	Einleitung	99
LXXXXX.	Einleitung	100

Inhaltsverzeichnis

	Seite
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Hauptteil	3
A. Inhalt und Umfang der erbvertraglichen Bindung	3
I. Der dogmatische Charakter des Erbvertrags	3
II. Der Tatbestand des § 2289 Abs.1 BGB	8
1) Die Wirkung des Erbvertrags auf frühere Verfügungen von Todes wegen - § 2289 Abs.1, Satz 1 BGB	8
2) Letztwillige Verfügung und Verfügung von Todes wegen	9
3) Die Wirkung des Erbvertrags auf spätere Verfügungen von Todes wegen - § 2289 Abs.1, Satz 2 BGB	10
a) Das Recht des vertragsmäßig Bedachten i.S.d. § 2289 Abs.1 als Gegenstand der Beeinträchtigung	12
aa) Das Erbrecht als Gegenstand der Beeinträchtigung	16
bb) Zur Möglichkeit eines Anwartschaftsrechts des vertragsmäßig Bedachten	18
(1) Übersicht über den Meinungsstand	19
(2) Der Inhalt des sogenannten Anwartschaftsrechts	22

	Seite
cc) Das künftige Recht des Bedachten als Gegenstand der Beeinträchtigung	26
b) Das Tatbestandsmerkmal der Beein- trächtigung i.S.d. §2289 Abs. 1	27
aa) Die rein wirtschaftliche Betrachtungs- weise	29
bb) Stellungnahme	33
cc) Keine Beeinträchtigung bei Erweiterung der vertragsmäßigen Rechtsposition des Bedachten	42
(1) Die Auffassung Kuchinkes	44
(2) Die Auffassung Sieberts	46
(3) Stellungnahme	46
dd) Die Wirksamkeit der beeinträchtigenden Verfügung bei Ausschlagung des vertrags- mäßig Zugewandten	52
(1) Der für die Feststellung der Beein- trächtigung maßgebliche Zeitpunkt	53
(2) Der erneute Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden	57
(3) Die Trennbarkeit von Annahme und Ausschlagung gemäß § 1948 Abs. 2	57
ee) Zusammenfassung	63

	Seite
B. Vorbehalte beim Erbvertrag	65
I. Der Rücktrittsvorbehalt	65
II. Der Vorbehalt abweichender Verfügungen von Todes wegen	73
1) Einführung in die Problematik	73
2) Die Wirkung des einer einzelnen Anordnung hinzugefügten unbeschränkten Vorbehalts	80
3) Die Wirkung des einer einzelnen Anordnung hinzugefügten beschränkten Vorbehalts	85
4) Der Vorbehalt einer Änderung aller in dem Erbvertrag enthaltenen Verfügungen	87
a) Der Vorbehalt ist - bezogen auf die einzelne Verfügung - beschränkt	87
b) Stellungnahme	91
c) Der Vorbehalt ist - bezogen auf die einzelne Verfügung - unbeschränkt	95
5) Die Grenze zwischen beschränktem und unbeschränktem Vorbehalt bei einer einzelnen verfassungsmäßigen Verfügung	97
a) Die im Schrifttum vertretenen Meinungen	97
b) Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle	98
6) Der Austausch des in einem Vorbehalt genannten Zuwendungsempfängers oder Testamentsvollstreckers	113

	Seite
III. Zusammenfassung	120
C. Die Zustimmung des Vertragspartners und des vertragsmäßig Bedachten zu einer beeinträchtigenden Verfügung	122
I. Die Zustimmung des anderen Vertragsteils	123
1) Die vor dem Erbfall erklärte Zustimmung	123
2) Die nach dem Erbfall erklärte Zustimmung	128
II. Die Zustimmung des bedachten Dritten	132
1) Der Meinungsstand	132
2) Die nach dem Erbfall erklärte Zustimmung	137
a) Zwischen Erbvertrag und späterer einseitiger Verfügung besteht ein Widerspruch	137
b) Die spätere Verfügung enthält eine Beschränkung des Rechts des Bedachten in Form eines Vermächtnisses, einer Testamentsvollstreckung, Auflage oder Teilungsanordnung	140
3) Die vor dem Erbfall erklärte Zustimmung	144
4) Die Berücksichtigung der Zustimmung im Rahmen des § 242	148
5) Die Zustimmung des anderen Vertragsteils zur Aufhebung eines Ehegattenerbvertrags	153
§ 3 Zusammenfassung	156

Literaturverzeichnis

- | | |
|---------------------------|--|
| Bartholomeyczik-Schlüter | Erbrecht, 11. Auflage, München, 1980 |
| Battes | Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag als Gestaltungsmittel für die Vermögensordnung der Familie, Bielefeld, 1974 |
| derselbe | Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag, AcP 1978, 337 ff |
| Bärmann | Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13. 7. 1959, NJW 60, 142 |
| Baur | Lehrbuch des Sachenrechts, 13. Auflage, München, 1985 |
| BGB-RGRK
(-Bearbeiter) | Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage, Berlin, ab 1974 |
| Bengel | Zum Begriff "nahestehende Person" in § 2270 Abs. 2 BGB, DNotZ 77, 5 ff |
| Beseler | Die Lehre von den Erbverträgen, II. Theil, 1. Band, 1837 |
| Binder | Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1901; Bd. II, 1903; Bd. III, 1905 |
| derselbe | Bürgerliches Recht, Erbrecht, Grundriß, 2. Auflage, 1930 |

Birk	Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, DNotZ 72, 284 ff
Brox	Erbrecht, 9. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, 1984
Bühler	Zur Wechselbezüglichkeit beim gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag, DNotZ 62, 359 ff
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin, 1983
Coing	Wie ist die bindende Wirkung von Erbverträgen zu ermitteln? , NJW 58, 689
derselbe	Zur Lehre vom teilweisen Erbverzicht, JZ 60, 209 ff
Cosack	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Jena, 1924
Damrau	Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, 1963
Dietz	Erbrecht, ein Grundriß, Bonn, 1949
Dittmann-Reimann-Bengel	Testament und Erbvertrag, Berlin, 1972
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Band, 7. Auflage, Berlin, 1900
Enneccerus	Verdient die im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches vorgeschlagene

- Abschaffung der gemeinschaftlichen
Testamente Zustimmung?, Referat,
in Verhandlungen des XX. D.J.T.
Bd. 4, S. 314 ff
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
(-Bearbeiter) buch, 7. Auflage, Münster, 1981
- Esser-Schmidt Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil,
6. Auflage, Tübingen, 1984
- Finger Ende der Aushöhlungsichtigkeit?,
FamRZ 75, 251 ff
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft,
3. Auflage, Berlin, Heidelberg,
New York, 1979
- Forkel Grundfragen der Lehre vom privat-
rechtlichen Anwartschaftsrecht, 1962
- Giencke Ergänzende Auslegung von Erbverträgen
unter Berücksichtigung nichtehelicher
Kinder des Erblassers als gesetzlicher
Erben, FamRZ 74, 241 ff
- Göller Anwartschaften im Erbrecht, Tübinger
Dissertation, Stuttgart, 1964
- Grossfeld Höchstpersönlichkeit der Erbeinsetzung
und Auswahlbefugnis Dritter, JZ 68, 113
- Häsemeyer Die Abhängigkeit erbrechtlicher Ver-
träge von Verkehrsgeschäften, nicht
veröffentlichte Dissertation, Göttin-
gen, 1966

- Hardraht-
Prausnitz Formularkommentar, Bürgerliches
Recht III, Bd. 6, 21. Auflage,
Köln, Bonn, München, Berlin, 1977
- Hartmann Zur Lehre von den Erbverträgen und
den gemeinschaftlichen Testamenten,
Braunschweig, 1890
- Harrer Rücktritt und Widerruf beim gebun-
denen Erblasserwillen, LZ 24, 11
- Hasse Über Erbvertrag, Vertrag über eine
fremde Erbschaft, Schenkung Todes
halber und wechselseitiges Testament,
in: Rheinisches Museum für Jurispru-
denz, 2.Jahrg. 149-241; 300-366; 1828
- Helfrich Die Grenzen der Bindungswirkung des
§ 2271 Abs.2 Satz 1, 1.Halbs., Dis-
sertation, Köln, 1972
- Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte,
Leipzig, 1899
- Herminghausen Formlos bindende Hofzusagen,
DNotZ 58, 115 ff
- Holzhauser Erbrechtliche Untersuchungen, Die Teil-
barkeit von Annahme und Ausschlagung,
Marburger Rechts- und Staatswissen-
schaftliche Abhandlungen, Bd. 22, 1973
- Hülsmeier Die Abwertung der Rechtsstellung des
Vertragserben, NJW 81, 2043
- Johannsen Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hof auf dem Gebiete des Erbrechts,
1. Teil: Das Recht des Erbvertrages,
WM 69, 1222 ff

Johannsen	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1955; LM Nr. 4 zu § 2287
Kersten, Bühling, Appell	Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 16. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1975
Keuck	Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, Bonn, 1965
Kipp-Coing	Erbrecht, 12. und 13. Bearbeitung, Tübingen, 1965 und 1978
Krückmann	Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, AcP 131, 1 ff
Küster	Grenzen des Rücktrittsvorbehalts im Erbvertrag?, JZ, 58, 394
Kupisch	Durchgangserwerb oder Direkterwerb?, JZ 76, 417 ff
Lange-Kuchinke	Lehrbuch des Erbrechts, 2. Auflage, München und Berlin 1978
Lange, Heinrich	Bindung des Erblassers an seine Verfügungen, NJW 63, 1571 ff
derselbe	Der entgeltliche Erbverzicht, Festschrift für Nottarp, Karlsruhe, 1961
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, München 1983
derselbe	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1983

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Larenz | Der Erbverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft, Iherjb. 81, 1 ff |
| Leonhard | Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht, 2. Auflage, Berlin, 1928 |
| Leopold | Testamentsrecht, Berlin, 1939 |
| von Lübtow | Erbrecht, Berlin, 1971 (2 Bände) |
| Marotzke | Das Anwartschaftsrecht - ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 41, Berlin, 1977 |
| Mattern | Die Rechtsstellung des von Todes wegen bindend Bedachten, BWNotZ 62, 229 ff |
| derselbe | Die Aushöhlung von Testamenten und Erbverträgen, MDR 60, 1 ff |
| Medicus | Bürgerliches Recht, 11. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983 |
| derselbe | Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht, JuS 67, 385 |
| Münchener-Kommentar (-Bearbeiter) | Band 6, Erbrecht, München, 1982, §§ 1922-2385 |
| Münchener Vertragshandbuch | Band 4, Bürgerliches Recht, VIII, Erbrecht, München, 1983 |
| Meyer | Das gemeinschaftliche Testament des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig, 1908 |

Motive	zum 1. Entwurf des BGB, Amtliche Sammlung, Bd. 5, Erbrecht, Berlin und Leipzig, 1888
Nath-Schilling	Formularbuch für Verträge, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966
Palandt (-Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Auflage, München, 1984
Planck (-Bearbeiter)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, 4. Auflage, Berlin und Leipzig, 1930
Raape	Die testamentarische Willensbedingung nach heutigem und römischem Recht, Festschrift für Zitelmann, 1913, 1 ff
Raiser	Dingliche Anwartschaften, 1961
Reinicke, Dietrich	Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969
Reinicke-Tiedtke	Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers und die Formbedürftigkeit der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages, NJW 82, 2281
dieselben	Kaufrecht, 2. Auflage, 1985, Neuwied und Darmstadt
Reithmann	Erbverträge zwischen mehr als zwei Beteiligten, DNotZ 57, 527 ff
Schiffner	Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena, 1899

Schober	Mängel in der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches außersprachlicher und sprachlicher Art, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 21, 540 ff
Schulte	Formlose bauerliche Übergabe- und Erbverträge, NJW 58, 361 u. 820 ff
Siebert	Die Bindungswirkung des Erbvertrages, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 237 ff
Soergel (-Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Stuttgart, seit 1978
Speckmann	Aushöhlungsничtigkeit und § 2287 BGB bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, NJW 74, 341
Spellenberg	Die sogenannte Testamentsaushöhlung und die §§ 2287, 2288 BGB, FamRZ 72, 349 ff
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 7. 1972, FamRZ 73, 133
Strohal	Das Deutsche Erbrecht, Bd. 1, Berlin, 1903
Teichmann	Die "Aushöhlung" erbrechtlicher Bindungen als methodisches Problem, MDR 72, 1 ff
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 7. 1972, JZ 74, 32

Tuhr, von	Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910
Tiedtke	Die Umdeutung eines Vermächtnisses in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, NJW 78, 2572 ff
Wein	Über den vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag, BayZ 16, 123
Werneburg	Die gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 16, 209 ff
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5. Auflage, 1969
derselbe	Zur Problematik der "salvatorischen" Klausel; in Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, München, 1975
Wieacker	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, Tübingen, 1956, Recht und Staat, Heft 193, 194
derselbe	Stillschweigende Hoferbenbestimmung?, DNotZ 56, 115 ff
derselbe	Hofübergabe durch schlüssiges oder sozialtypisches Verhalten?, FamRZ 57, 287 ff
Wolff-Raiser	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957
Wurm, Wagner, Zartmann	Das Rechtsformularbuch, Köln, 1978

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ALR, Th. Tit.	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Theil, Titel
Anm. v.	Anmerkung von
AT	Allgemeiner Teil
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht, auch Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
E I	erster Entwurf zum BGB von 1888
Erg.	Ergebnis
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	folgende
Fn.	Fußnote
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung

i. S. d.	im Sinne des, der
Iherjb.	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JurBüro	das juristische Büro
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhrling, Nachschlage- werk des Bundesgerichtshofes
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofes für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht, zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandes- gerichte
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdz.	Randziffer
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Reichsjustizamt, Entscheidungssam- lung in Angelegenheiten der frei- willigen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
s.	siehe
S.	Seite
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen

§ 1 Einleitung

Der Erbvertrag bietet den Vertragsschließenden die Möglichkeit, bestimmte erbrechtliche Regelungen - Erbeinsetzungen, Vermächtnis- und Auflagenanordnungen - bindend festzulegen. Daneben steht es den Parteien frei, jede Anordnung in den Erbvertrag aufzunehmen, die Gegenstand eines Testaments sein kann. Während solche Anordnungen aber jederzeit durch eine Verfügung von Todes wegen mit abweichendem Inhalt widerrufen sind, zeichnen sich die bindenden Verfügungen durch ihre Bestandskraft aus. Diese ist in § 2289 Abs. 1, Satz 2 ausgesprochen und bedeutet, daß spätere Verfügungen von Todes wegen insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, zu einer Lösung der in dieser Vorschrift liegenden Problematik beizutragen. Noch nicht abschließend geklärt ist, welche Merkmale eine Verfügung von Todes wegen erfüllen muß, um wegen Beeinträchtigung des Rechts des vertragsmäßig Bedachten unwirksam zu sein. Einigkeit besteht im wesentlichen darüber, daß diese Frage nicht ausschließlich nach wirtschaftlichen Maßstäben beurteilt werden darf. Unklar ist aber, ob für die Feststellung der Beeinträchtigung allein eine rechtliche Betrachtungsweise maßgeblich ist oder ob auch auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen ist.

Problematisch ist außerdem, inwieweit die Parteien die in § 2289 ausgesprochene Bindungswirkung durch die Vereinbarung von Vorbehalten lockern können. Gesetzlich geregelt ist der Rücktrittsvorbehalt, der es dem Erblasser gestattet, sich durch eine notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil von der Bindung zu lösen. Darüber hinaus sehen Rechtsprechung und Schrifttum auch solche Vorbehalte als wirksam an, die dem Erblasser ein Abweichen von der vertraglichen Regelung durch letztwillige Verfügungen ermöglichen sollen. Stets wird jedoch hervorgehoben, daß Vorbehalte dieser Art nicht dazu führen dürften, den Erbvertrag "inhaltslos" zu machen. Hier wird es nötig sein, die Grenzen erbvertraglicher Vorbehalte aufzuzeigen und zu konkretisieren, wie sich die einzelnen Vorbehalte auf die vertragliche Bindung auswirken.

Da sich die nachfolgende Untersuchung mit der Bindung beim Erbvertrag befaßt, sich die Frage nach einer Bindung aber im allgemeinen nur bei Verpflichtungsgeschäften stellt, soll zu Anfang kurz auf den dogmatischen Charakter des Erbvertrags eingegangen werden. Möglicherweise lassen sich bereits aus seiner Rechtsnatur erste Erkenntnisse darüber ableiten, was unter "Bindung" bei diesem Vertrag zu verstehen ist.

§ 2 Hauptteil

A. Inhalt und Umfang der erbvertraglichen Bindung

I. Der dogmatische Charakter des Erbvertrags

Der Erbvertrag ist einerseits Verfügung von Todes wegen, andererseits Vertrag.¹⁾ Zwar wird unter dem Begriff der Verfügung im allgemeinen ein Rechtsgeschäft verstanden, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, geändert, belastet oder aufgehoben wird.²⁾ Man kann jedoch dem Erbvertrag wegen des Fehlens der "Unmittelbarkeit" der Rechtsänderung ebensowenig den Charakter einer Verfügung absprechen wie z.B. einer aufschiebend bedingten oder befristeten Übereignung.³⁾

Wie das Testament, so führt auch der Erbvertrag zu Lebzeiten des Erblassers keinerlei Änderung im Bestand der Vermögensrechte des Verfügenden herbei. Ebensowenig begründet er eine Verpflichtung gegenüber dem anderen Vertragsteil.

1) Brox, Erbrecht, Rdz. 144

2) Vgl. Brox, Erbrecht, Rdz. 91; von Lübtow I, 97; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter, § 1937, Rdz. 3; Staudinger-Lehmann, § 1937, Rdz.1

3) Vgl. Battes, Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag, AcP 178, 342, der die Verwandtschaft der Erbeinsetzung durch Vertrag oder Testament mit der Verfügung im engeren Sinn hervorhebt und eine "Unmittelbarkeit" insofern bejaht, als sich der Rechtserwerb ohne weiteres Zutun des Erben oder eines Dritten vollzieht.

Allerdings wurde der Erbvertrag nicht immer so angesehen. Noch bis ins 18. Jahrhundert galt er als ein "gemeiner Kontrakt", der lediglich eine "Obligation" erzeuge.¹⁾ Es ist ein Verdienst Hasses, der dem Erbvertrag als erster eine umfangreiche Studie gewidmet hat, diese Auffassung widerlegt zu haben.²⁾ Seine ablehnende Stellungnahme zu der Frage, ob neben der vertraglichen Erbeinsetzung als Verfügungsgeschäft noch ein obligatorischer Vertrag möglich sei,³⁾ ist von Beseler⁴⁾ zu der noch heute herrschenden Auffassung weitergebildet worden, nach der der Erbvertrag ein reines Verfügungsgeschäft mit Wirkungen auf den Todesfall ist.⁵⁾

Aber auch nach dem Erscheinen der bedeutenden Werke Hasses und Beselers fanden sich Stimmen, die dem Erbvertrag die Qualität eines einheitlichen Berufungsgrundes absprachen. Die von Hartmann⁶⁾ begründete und in der Folgezeit von Hellwig⁷⁾ und Werneburg⁸⁾ vertretene "Testamentstheorie" leugnete die Einheitlichkeit und Selbständigkeit des Erbvertrags und

1) Hasse, Rhein. Mus. Jur. Bd. 2, 149-241; 300-366

2) S. Fn. 1

3) So wie in unserem Rechtssystem zwischen dem Verpflichtungs- und dem der Erfüllung dienenden Verfügungsgeschäft unterschieden wird.

4) Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, a.a.O.

5) S. Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag, S. 30

6) Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen, a.a.O.

7) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 597 ff

8) Werneburg, Die gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen, DNotZ, 16, 209 (223 ff)

zerlegte ihn in zwei rechtsgeschäftliche Elemente:

Den erbrechtlichen Kern des Geschäfts bildete nach ihr eine auf dem einseitigen freien Willen des Erblassers beruhende Verfügung von Todes wegen; das zweite Element, das dem Ganzen einen vertragsähnlichen Charakter verlieh, war ein daneben bestehendes zweiseitiges Geschäft, durch das der Erblasser dem Vertragspartner gegenüber auf den Widerruf seiner Verfügung verzichtete.¹⁾ Die Motive zum BGB gehen nur am Rande auf die Rechtsnatur des Erbvertrags ein. Immerhin erwähnen sie jedoch die "bestrittene juristische Konstruktion".²⁾ Gegen die sogenannte Testamentstheorie machen sie geltend, daß diese mit § 2289³⁾ in Widerspruch stehe, da der Widerrufsverzicht als rein obligatorischer Vertrag nicht, wie § 2289, geradezu dingliche Wirkungen in dem Sinne äußern könne, daß spätere beeinträchtigende Verfügungen des Erblassers von Todes wegen von selbst unwirksam würden.⁴⁾

Die heute h.M. führt neben diesem von der Kommission erhobenen Einwand insbesondere § 2302 gegen die Testamentstheorie an.⁵⁾

1) Näheres hierzu bei Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag, §§ 2 u. 3

2) Motive V, 310

3) Paragraphen ohne Angabe sind solche des BGB

4) Motive V, 311

5) Vgl. statt aller von Lübtow I, 397 ff

Mit der in dieser Vorschrift enthaltenen Regelung, wonach "ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten", nichtig ist, wäre es unvereinbar, den Erbvertrag für ein Doppelgeschäft zu halten. Auch die systematische Stellung des Erbvertrags in einem besonderen Abschnitt des BGB und schließlich die in § 1941 gewählte Formulierung, daß der Erblasser "durch Vertrag (!) einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen" kann, sprechen gegen die Testamentstheorie.

Stellt der Erbvertrag somit ein reines Verfügungsgeschäft dar, so fragt es sich, worin seine bindende Wirkung besteht.

Gewöhnlich ist die Frage nach einer Bindung bei Verfügungen wenig bedeutsam, zum Teil sogar verfehlt. Es ist das Verpflichtungsgeschäft, das eine Bindung erzeugt. Die Verfügung führt eine Rechtsänderung herbei. "Sie bindet nicht für die Zukunft, sondern sie wirkt." ¹⁾ Diese Aussage gilt uneingeschränkt indes nur für solche Verfügungen, bei denen neben der rechtsgeschäftlichen Einigung ein weiterer Tatbestand für die Rechtsänderung nicht erforderlich ist, also z.B. für die Forderungsabtretung, die Aufrechnung, den Erlaß oder die Übereignung nach § 929 Satz 2. Beim Erbvertrag liegt

¹⁾ Medicus, Bürgerliches Recht, S. 19, Rdz. 32

zwischen der Einigung und dem Eintritt der Rechtsänderung eine durch die Lebensdauer des Erblassers bestimmte Zeitspanne. Hier kann, ebenso wie bei sachenrechtlichen Verfügungen, bei denen zwischen dem rechtsgeschäftlichen Akt und dem Publizitätsvorgang eine Zeitspanne vergeht, die Frage sinnvoll sein, ob der Verfügende seine Willenserklärung zwischenzeitlich widerrufen kann.

Aus der Rechtsnatur des Erbvertrags als Verfügungsgeschäft folgt somit, daß die Frage nach Inhalt und Umfang der erbvertraglichen Bindung identisch ist mit derjenigen, inwieweit der Erblasser seine vertragsmäßige Verfügung noch einseitig abändern kann. Die Bindung selbst ergibt sich hingegen nicht - wie zum Teil angenommen wird¹⁾ - zwingend aus der Vertragsnatur des Rechtsgeschäfts; denn auch die Verfügung über bewegliche Sachen gemäß § 929 Satz 1 ist ein Vertrag und dieser bindet nach h.M. den Verfügenden nicht.²⁾ Sie folgt aber zwingend aus dem Nebeneinander von Testament und Erbvertrag. Könnte nämlich der Erblasser auch seine vertragsmäßigen Anordnungen jederzeit willkürlich abändern, so bedürfte es des Erbvertrags neben der einseitigen Verfügung von Todes wegen nicht. Zudem sind Inhalt und Umfang seiner bindenden Wirkung in § 2289 I ausgesprochen. Diese

1) So z.B. von Brox, Erbrecht, § 14, I, 2b; Musielak, Münchener Kommentar, § 2289, Rdz. 2; Palandt-Edenhofer, vor § 2274, 2b

2) Baur, Sachenrecht, §§ 5, III, 1b; 51, II, 2; Wolff-Raiser, § 66, I, 4; Medicus, Bürgerliches Recht, § 3, I, 3b; a.A. aber Westermann, Sachenrecht, § 38, 3

Vorschrift ist daher im folgenden genauer zu untersuchen.

II. Der Tatbestand des § 2289 Abs. 1 BGB

1. Die Wirkung des Erbvertrags auf frühere Verfügungen von Todes wegen - § 2289 Abs. 1 Satz 1 BGB

Gemäß § 2289 I 1 sind frühere letztwillige Verfügungen aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden; nach Satz 2 der Vorschrift sind spätere Verfügungen, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen, unwirksam. Wenn § 2289 I in Satz 2 schlechthin von Verfügungen von Todes wegen spricht, in Satz 1 dagegen von letztwilligen Verfügungen, so geschieht dies durchaus mit Bedacht und nicht nur aus dem Bedürfnis des Gesetzgebers, den Ausdruck zu wechseln.¹⁾ Diese Differenzierung zieht sich vielmehr durch das ganze Gesetzbuch, und zwar stets im Sinne einer begrifflichen Unterscheidung. Es erscheint daher an dieser Stelle angebracht, den terminologischen Unterschied zu klären.

1) Küster, JZ 58, 394

2. Letztwillige Verfügung und Verfügung von Todes wegen

Verfügung von Todes wegen ist der Oberbegriff für Testament und Erbvertrag. Darüber hinaus wird diese Bezeichnung für die einzelne im Testament oder Erbvertrag enthaltene Anordnung verwendet,¹⁾ so z.B. in §§ 2085 und 2253. Als letztwillig werden dagegen nur diejenigen Verfügungen von Todes wegen bezeichnet, die wider-
ruflich getroffen werden. Entsprechend dem anschaulichen Sinn ihres Attributs ist bei ihnen tatsächlich der letzte Wille Berufungsgrund und nicht, wie bei den vertragsmäßigen Verfügungen, die in einem anderen Moment getroffene Willenseinigung zwischen dem Erblasser und dessen Vertragspartner. Letztwillige Verfügungen sind also auch die einseitigen Anordnungen in einem Erbvertrag; denn diese Bezeichnung soll sie lediglich von den vertragsmäßigen unterscheiden; einseitig bedeutet nicht-vertragsmäßig, also letztwillig.²⁾

Der Vorrang des Erbvertrags ist also nach § 2289 unterschiedlich gestaltet, je nachdem ob es sich bei der Verfügung um eine frühere oder um eine spätere Verfügung von Todes wegen handelt: Im ersteren Fall geht der Erbvertrag nur den letztwilligen vor - also Testamenten und einseitigen Verfügungen in einem Erbvertrag - im anderen Fall allen, also auch den vertragsmäßigen.

1) Obwohl im Gegensatz zu allen anderen Anordnungen nur Erbeinsetzungen im Zeitpunkt des Erbfalls unmittelbar dingliche Wirkungen äußern; vgl. Battes, Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag, a.a.O., S. 343

2) So auch Bühler, a.a.O., S. 371

Daß die früheren letztwilligen Verfügungen durch eine spätere vertragsmäßige Verfügung aufgehoben werden, ist nicht allein eine Eigenart des Erbvertrags und hat mit seiner bindenden Wirkung nichts zu tun;¹⁾ wie bereits gezeigt wurde, bedeutet nämlich Bindung nur, daß der Erblasser in der Zukunft nicht mehr vom Erbvertrag abweichend verfügen kann. Die Rechtsfolge des § 2289 I 1 entspricht insoweit dem der Regelung des § 2258 I zugrunde liegenden Rechtsgedanken, demzufolge für die Beerbung grundsätzlich der letzte Wille des Erblassers maßgebend sein soll.²⁾ Deshalb braucht auf § 2289 I 1 hier nicht näher eingegangen zu werden.

3. Die Wirkung des Erbvertrags auf spätere Verfügungen von Todes wegen - § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB

Inhalt und Umfang der erbvertraglichen Bindung sind in § 2289 I 2 ausgesprochen. Die Bestandskraft des Erbvertrags gegenüber späteren Verfügungen von Todes wegen liegt darin, daß der Erblasser seine vertragsmäßig getroffenen Anordnungen grundsätzlich³⁾ nicht einseitig aufheben oder verändern kann. Die Wahl des Erbvertrags als Gestaltungsmittel der Rechtsnachfolge bewirkt, daß die einmal getroffene

1) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 1

2) Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 3

3) Eine Ausnahme gilt u.a. dann, wenn die Parteien einen entsprechenden Vorbehalt vereinbart haben, vgl. hierzu S. 65 ff

Entscheidung des Erblassers unwiderruflich ist. Häufig wird gesagt, daß sich der Erblasser mit dem Abschluß des Erbvertrags seiner Testierfreiheit begeben.¹⁾ Genau genommen ist diese anschauliche Formulierung allerdings zu weitgehend, da der Erblasser nur solche Verfügungen nicht mehr wirksam vornehmen kann, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden.^{2) 3)}

Der Umfang der Bindung hängt daher entscheidend von dem Inhalt dieses "Rechts" sowie des Begriffs der "Beeinträchtigung" ab.

Was unter dem "Recht" im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist, soll im folgenden dadurch veranschaulicht werden, daß der negative Inhalt der Rechtsposition des vertragsmäßig Bedachten aufgezeigt wird.

Im Anschluß daran wird das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung näher zu untersuchen sein.

1) Vgl. z.B. RGRK-Kregel, § 2289, Rdz.3; Palandt-Edenhofer, § 2289, 2; von Lübtow I, 423; Siebert, a.a.O., S. 261; Erman-Hense, § 2289, Rdz. 1; Kipp-Coing, Erb-recht, § 38, II

2) Dies wird bisweilen nicht genügend beachtet mit der Folge, daß die Bindung bei einer unter Vorbehalt stehenden Verfügung nicht richtig beurteilt wird, vgl. hierzu S. 85, 86

3) Rechtsphilosophen mögen darüber hinaus einwenden, daß Freiheit immer eine Freiheit der Wahl ist und derjenige, der eine Entscheidung trifft - mag sie auch unwiderruflich sein -, sich nicht seiner Freiheit begibt, sondern lediglich von ihr Gebrauch macht; vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 188 ff. Zur Bedeutung des Begriffs der Testierfreiheit allgemein und in rechtsvergleichender Sicht, s. Battes, Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag, a.a.O., S. 337 ff

a) Das Recht des vertragsmäßig Bedachten im Sinne des § 2289 Absatz 1 als Gegenstand der Beeinträchtigung

Wie schon erwähnt, bewirkt der Abschluß des Erbvertrags keine sofortige Änderung im Bestand der Vermögensrechte des Erblassers.¹⁾ Der vertragsmäßig Bedachte erlangt aber auch keinen Anspruch darauf, daß das lebzeitige Vermögen des Erblassers ungeschmälert zum Nachlaß wird. Wie sich aus § 2286 ergibt, kann der Erblasser seine Vermögenslage bis zu seinem Tod beliebig verändern. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung erreichen, daß sich der Vertragserblasser seiner Verfügungsfreiheit unter Lebenden nicht derart beraubt, daß er gleichsam Nutznießer seines eigenen Vermögens ist.²⁾ Dem Erblasser bleibt daher unbenommen, sein gesamtes Vermögen gegen eine mit seinem Tode erlöschende Leibrente zu veräußern,³⁾ sein ganzes Hab und Gut zu verschenken⁴⁾ oder sogar zu verschleudern; für schlechte Verwaltung kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.⁵⁾ Das Gesetz mißbilligt zwar eine arglistige Weggabe des Vermögens durch den Vertragserblasser, gleichwohl gewährt es dem Bedachten keine Ansprüche gegen ihn, sondern

1) Vgl. S. 3

2) Von Lübtow I, 429; OGHZ 2, 160 ff (163)

3) Cosack, a.a.O., S. 333, I, 1c, Beispiel 4

4) Anders noch E I, § 1952

5) Kipp-Coing, Erbrecht, § 38, I, 2

gegen den oder die Beschenkten und auch dies erst nach dem Tode des Erblassers, §§ 2287, 2288.^{1) 2)} Weder der Vertragspartner noch der vertragsmäßig Bedachte haben die Möglichkeit, im Fall der Verschwendungssucht die Entmündigung des Erblassers zu beantragen, es sei denn, daß ihnen das Antragsrecht in ihrer Eigenschaft als Ehegatte oder Verwandter zusteht.³⁾ Zu Lebzeiten des Erblassers hat der Bedachte nicht einmal ein Auskunftsrecht gegen einen eventuell Beschenkten,⁴⁾ geschweige denn, einen Anspruch auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung oder Verfügung gegen den Erblasser oder den Beschenkten.⁵⁾

-
- 1) Über den stärkeren Schutz des Vertragserben im gemeinen Recht, vgl. Planck-Greif, § 2287, 1 und Prot. V, 391 ff
 - 2) Während der BGH zunächst noch entschieden hatte, daß auch solche Rechtsgeschäfte unter Lebenden unwirksam seien, die in ihren Auswirkungen einer Verfügung von Todes wegen gleich- oder nahekämen und nur geschlossen würden, um die Bindungswirkung des Erbvertrags nicht eintreten zu lassen, hat er in seiner grundlegenden Entscheidung vom 5. 12. 1972 = BGHZ 59, 343 diese Auffassung aufgegeben und sich damit der h.L. angeschlossen; vgl. insbesondere Finger, FamRZ 75, 251; Speckmann, NJW 74, 341 ff; Spellenberg, FamRZ 72, 349; 73, 136; Mattern, MDR 60, 1 ff; Helfrich, a.a.O., S. 68 ff; Teichmann, JZ 74, 30
 - 3) §§ 646 I, 680 I ZPO
 - 4) BGHZ 18, 67 mit Anm. v. Johannsen in LM Nr. 4; denkbar ist allerdings ein Anspruch des Vertragserben aus § 260 BGB, wenn ein Inbegriff von Gegenständen verschenkt worden und nur der Bestand dieses Inbegriffs streitig ist, Palandt-Edenhofer, § 2287, 4
 - 5) Erman-Hense, § 2286, Rdz. 1; Soergel-Wolf, § 2286, Rdz. 2; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, II, 2; Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, V, 2c

Sogar der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, der - obwohl nicht dem unmittelbaren Anwendungsbereich des Erbrechts unterliegend - erst mit dem Tod des Zuwendenden Rechtswirkungen entfalten soll, steht dem Erbvertrag nicht ohne weiteres entgegen, und zwar selbst dann nicht, wenn er den mit dem Erbvertrag verfolgten wirtschaftlichen Zweck völlig vereitelt.¹⁾

Neben diesen schuld- und sachenrechtlichen Geschäften kann der Erblasser familienrechtliche Rechtsgeschäfte vornehmen, die den Erbvertrag indirekt berühren und eine Verminderung des Nachlasses zur Folge haben.²⁾

Eine weitere außerordentliche Einschränkung hat die Rechtsposition des vertragsmäßig Bedachten durch zwei Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1977³⁾ und 1980⁴⁾ erfahren. Nachdem der BGH zunächst lange Zeit beeinträchtigende Schenkungen in unwirksame Verfügungen von Todes wegen "umkonstruiert" hatte, um eine Aushöhlung der erbrechtlichen Bindungswirkung zu verhindern,⁵⁾ deutete er in seinem

1) Endemann III, 218; RGZ 88, 137; BGHZ 8, 23 (31 ff); von Lübtow II, 1237

2) Z.B. Eheschließung, Adoption, Legitimation durch nachfolgende Ehe und die sich daraus ergebenden Pflichtteilsansprüche der §§ 2303 ff

3) BGH NJW 78, 423 ff

4) BGH NJW 80, 2307 ff

5) Das erste Urteil des BGH zur sogenannten Aushöhlungsничtigkeit stammt aus dem Jahr 1954; Wiedergabe des Sachverhalts bei Mattern, MDR 60, 1. Aufgegeben hat der BGH seine darin vertretene Auffassung erst 1972; vgl. BGH NJW 1973, 240

Urteil vom 30.11.1977 zum ersten Mal ein gemäß § 2271 II unwirksames Vermächtnis in eine wirksame, befristet vollzogene Schenkung unter Lebenden um.¹⁾ Nach der zweiten Entscheidung scheint dem Vertragserben bei beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers nicht einmal der Bereicherungsanspruch aus § 2287 mehr sicher zu sein.²⁾

In diesem Fall hatte ein in zweiter Ehe verheirateter Erblasser seine Söhne vertragsmäßig zu Erben eingesetzt, nachdem seine Ehefrau auf ihr gesetzliches Erbrecht einschließlich des Pflichtteilsrechts gegen eine Abfindung verzichtet hatte. Nach Abschluß des Erbvertrags schenkte der Erblasser seiner Ehefrau ein Grundstück und einen Geldbetrag in Höhe von 45 000 DM. Obwohl das Gericht die Beeinträchtigungsabsicht des Schenkers für erwiesen hielt, hat es den Bereicherungsanspruch der Vertragserben aus § 2287 in Frage gestellt. Da der Erbverzicht jederzeit gemäß § 2351 wieder hätte aufgehoben werden können und die Ehefrau dadurch dieselbe Stellung wieder erlangt hätte, die sie ohne den Verzicht gehabt hätte - so argumentiert der Senat - müßten sich die Vertragserben eine Kürzung ihres Bereicherungsanspruchs insoweit gefallen lassen, als die "Zuwendungen des Erblassers

1) Sollte sich diese Rechtsprechung durchsetzen, käme das, da sich in der Regel irgendwelche Ersatzgeschäfte unter Lebenden konstruieren lassen, dem Ende der Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament gleich; vgl. Tiedtke, NJW 78, 2572 ff

2) Vgl. auch Hülsmeier, NJW 81, 2043

an die Bekl. den Wert eines ihr im Falle der Aufhebung des Erbverzichts zukommenden Pflichtteils nicht überstiegen."¹⁾

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich zunächst soviel, daß das "Recht" des vertragsmäßig Bedachten i.S.d. § 2289 nicht als Verfügungsbeschränkung des Erblassers gegenüber dem Vertragserben zu verstehen ist; auch irgendwelche Ansprüche oder sonstige Einwirkungsmöglichkeiten des Vertragserben gegen den Erblasser hat der Gesetzgeber damit nicht gemeint.

aa) Das Erbrecht als Gegenstand der Beeinträchtigung

Zum Teil ist in Kommentaren zu § 2289 vom "Erbrecht" als Gegenstand der Beeinträchtigung die Rede. So heißt es z.B., die testamentarische Anordnung eines Vermächtnisses, einer Auflage oder Testamentsvollstreckung beeinträchtigt nicht "das Erbrecht selbst, wohl aber dessen wirtschaftlichen Umfang."²⁾ Zugleich wird in diesem Zusammenhang von einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung im Gegensatz zur rechtlichen Beeinträchtigung gesprochen.³⁾ Da sich das Verständnis vom Inhalt des "Rechts" also auch auf die Auslegung des Merkmals der Beeinträchtigung auszuwirken scheint, könnte es nützlich sein zu erfahren, ob das "Recht" i.S.d. § 2289 mit dem Erbrecht gleichzusetzen ist.

1) BGH NJW 80, 2308 unten

2) Soergel-Wolf, § 2289, Rdz. 2; RGRK-Kregel, § 2289, Rdzn. 1 u. 3; Palandt-Edenhofer, § 2289, 1 (bis zur 41. Auflage)

3) Vgl. Fn. 2

Der Begriff des Erbrechts wird in einem zweifachen Sinn verwendet: Als Erbrecht im objektiven Sinn bezeichnet man die Summe der Rechtsnormen, die die privatrechtlichen vermögensrechtlichen Folgen des Todes einer Person regeln.¹⁾ In Abgrenzung hierzu versteht man unter dem Erbrecht im subjektiven Sinn die dem Erben verliehene Befugnis oder Macht.²⁾ Welche Bedeutung dem Begriff darüber hinaus im einzelnen zukommt, wird nicht einheitlich beantwortet.³⁾ Es ist auch zweifelhaft, ob der Ausdruck vom Gesetz stets in demselben Sinn gebraucht wird.⁴⁾ Feststeht aber, daß ein solches Erbrecht erst im Zeitpunkt des Todes des Erblassers entsteht. Da außerdem

1) Vgl. Brox, Erbrecht, § 1 Rdzn. 2 u. 3; Strohal I, S. 34

2) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 1, V

3) Vgl. hierzu die Zusammenstellung und Kritik von Göller, a.a.O., S. 17 ff

4) Nach Strohal I, S. 34, 35 soll man von einem Erbrecht in vierfacher Bedeutung reden können. Wegen dieser verwirrenden Mehrdeutigkeit will von Lübtow II, S. 768 den Begriff des "Erbrechts" ganz vermieden wissen.

nur dem Erben ein solches Erbrecht zukommt, gemäß § 2278 aber auch ein Vermächtnis und eine Auflage vertragsmäßig angeordnet werden können und dann auch der Vermächtnisnehmer und der Auflagenbegünstigte ein "Recht" i.S.d. § 2289 haben, kann dieses "Recht" nicht gleichbedeutend mit einem subjektiven Erbrecht sein.

bb) Zur Möglichkeit eines Anwartschafts-
rechts des vertragsmäßig Bedachten

In Rechtsprechung und Literatur wird gelegentlich die Frage erörtert, ob dem Vertragserben in Anbetracht der Bindung des Erblassers und der Tatsache, daß die Verfügung ohne weiteres Zutun des Erblassers wirksam wird, ein "Anwartschaftsrecht" zuzuerkennen ist. Möglicherweise läßt die Existenz eines solchen "Anwartschaftsrechts" weitere Erkenntnisse im Hinblick auf das "Recht" des Bedachten i.S.d. § 2289 zu.

(1) Übersicht über den Meinungsstand

Der Großteil der Literatur leugnet unter Hinweis auf die unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit des Erblassers unter Lebenden jegliche Anwartschaft des Vertragserben.¹⁾ Dem Bedachten wird nur eine tatsächliche Aussicht auf ein künftiges Recht - eine bloße Hoffnung - zuerkannt. Demgegenüber haben sich einige Autoren für das Bestehen eines auf Erwerb des Nachlasses gerichteten Anwartschaftsrechts ausgesprochen,²⁾ wobei jedoch zum Teil eine Differenzierung getroffen wird:

Wenn der Erbvertrag mit dem Bedachten selbst abgeschlossen wurde, wenn also eine Beseitigung der Verfügung ohne ihn grundsätzlich nicht möglich ist, soll der Bedachte die stärkste Rechtsstellung haben, die ein Anwartschaftsrecht begründe.

Weniger stark sei die Rechtsstellung, wenn eine Beseitigung ohne den Bedachten möglich, also ein Dritter der Begünstigte sei. Wegen der Möglichkeit eines Aufhebungsvertrags nach § 2290 erststarke die Rechtsposition in diesem Fall erst mit dem Tod des Vertragspartners zu einem Anwartschaftsrecht.³⁾

Der BGH hat ein Anwartschaftsrecht des vertragsmäßigen Vermächtnisnehmers zu Lebzeiten

1) Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, V, 2c; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, II; Planck-Greiff, § 2286, 2; RGRK-Kregel, § 2286, Rdz. 1; Johannsen, WM 69, 1226; Erman-Hense, § 2286, Rdz. 1; Palandt-Edenhofer, § 2286, 2a

2) Forkel, a.a.O., S. 190; Raiser, a.a.O., S. 8; von Tuhr I, 186

3) Mattern, BWNotZ 62, 229 ff (233)

des Erblassers verneint.¹⁾ In dem entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des mit einem Grundstücksvermächtnis Bedachten zulässig sei. Das OLG Celle hatte ein Anwartschaftsrecht des Bedachten und demzufolge die Zulässigkeit einer Vormerkung bejaht. Der BGH vertrat demgegenüber die Auffassung, der vertragsmäßige Vermächtnisnehmer habe weder einen künftigen Anspruch noch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft, "sondern lediglich die Hoffnung, den Anspruch auf den vermachten Gegenstand zu erwerben..."²⁾ Das Gericht ließ daher die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Vermächtnisnehmers nicht zu.³⁾

In einem anderen Urteil neigt der BGH zur Annahme eines Anwartschaftsrechts.⁴⁾ In diesem Fall hatte der durch ein gemeinschaftliches Testament eingesetzte Schlußerbe nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten und der Annahme der Erbschaft durch den überlebenden Ehegatten über den künftigen Nachlaß unter Lebenden verfügt. Der BGH, der die Wirksamkeit dieser Verfügung zu beurteilen hatte, meinte, es spreche in diesem Fall

1) BGHZ 12, 112 ff

2) BGHZ 12, 118

3) In einem späteren Urteil - BGHZ 23, 249 ff (259) - erwähnt der BGH lediglich beiläufig, daß der vertragsmäßig eingesetzte Hoferbe nur eine tatsächliche Aussicht darauf habe, daß ihm der Hof zufalle.

4) BGH NJW 62, 1910 ff

vieles dafür, daß der Schlußerbe ein Anwartschaftsrecht darauf habe, Erbe des letztversterbenden Ehegatten zu werden. Grundsätzlich sei ein Anwartschaftsrecht auch übertragbar wie das Vollrecht selbst. Im vorliegenden Fall könne das jedoch nicht gelten, da die Übertragbarkeit mit dem in § 312 I 1 enthaltenen Rechtsgedanken unvereinbar sei. Der BGH führt aus: Nach § 312 I 1 sei ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig. Dasselbe müsse erst recht gelten für ein Geschäft, das eine dem Vollrecht vorausgehende Rechtsposition betreffe. Nichtig sei aber nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Erfüllungsgeschäft, also die Übertragung der Rechtsposition selbst. Diese Überlegung ergebe sich daraus, daß nach den Grundsätzen des BGB dingliche Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten überhaupt undenkbar seien. Rechte am Nachlaß erwerbe der Erbe erst mit dem Erbfall. Nach alledem könne es offen bleiben, ob der Schlußerbe tatsächlich ein Anwartschaftsrecht habe.

Dieses Ergebnis gibt zu denken. Es veranlaßt zu der Frage, welchen Unterschied es macht, ob der Schlußerbe eines gemeinschaftlichen Testaments im Gegensatz zu dem vertragsmäßigen Vermächtnisnehmer ein nicht übertragbares Anwartschaftsrecht hat oder ob er keine solche Position hat. Darüber hinaus fragt es sich, welche Folge es hätte, wenn es ein Anwartschaftsrecht des Vertragserben gäbe und dieses Gegenstand der Beeinträchtigung i.S.d. § 2289 wäre. Um hierauf eine Antwort geben zu können, erscheint es

notwendig, auf den Inhalt des von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Anwartschaftsrechts näher einzugehen.

(2) Der Inhalt des sogenannten Anwartschaftsrechts

Die Lehre vom Anwartschaftsrecht wurde zur Lösung eines Interessenkonflikts entwickelt, der bei der Weiterveräußerung einer unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache auftreten kann und darin besteht, daß mehrere Personen glauben, von der Position des Vorbehaltsverkäufers abgeleitete Rechte erworben zu haben. Als Beispiel diene der Fall BGHZ 20, 88, der dem Anwartschaftsrecht, das schon vor dieser Entscheidung von einem Teil der Literatur anerkannt wurde, in der Rechtsprechung zum Durchbruch verhalf.

Der Kaufmann H (Vollstreckungsschuldner) hatte einen Anhänger unter Eigentumsvorbehalt erworben und ihn zur Sicherung einer Forderung an den Kläger übereignet. Dabei legte H den Eigentumsvorbehalt offen. Bevor er die letzte Rate gezahlt hatte, wurde der Anhänger, den H in unmittelbarem Besitz hatte, von dem Beklagten gepfändet.

Der BGH lehnte ein Pfändungspfandrecht des Beklagten ab. Der Vollstreckungsschuldner habe keineswegs als Nichtberechtigter über das Eigentum verfügt, sondern als Berechtigter über ein eigenes subjektives Recht, sein Anwartschaftsrecht.

Der Grund für die Konstruktion des Anwartschaftsrechts ist unschwer zu erkennen. Der BGH geht offensichtlich davon aus, daß ohne Anwartschaftsrecht bei Bedingungseintritt nicht gleichzeitig beide Rechtsfolgen gelten können, nämlich Eigentumserwerb des H und Eigentumserwerb des Klägers.

Das Eigentum hätte für eine "logische Sekunde" dem H anfallen und anschließend - belastet mit dem Pfändungspfandrecht des Beklagten - auf den Kläger übergehen müssen. Demgegenüber bewirken das Anwartschaftsrecht und seine Übertragbarkeit für den BGH, daß der Erwerber des Anwartschaftsrechts in eine direkte Beziehung zum Eigentümer tritt und mit Zahlung der letzten Rate das Eigentum unmittelbar von diesem erwirbt. Durchgangserwerb und Pfändungspfandrecht sollen dadurch methodisch ausgeschaltet werden, der Anwärter auf das Vollrecht die Möglichkeit bekommen, sein Anwartschaftsrecht zu Kredit- oder anderen Zwecken zu nutzen.¹⁾

Daß es hierzu des Anwartschaftsrechts nicht bedurft hätte, ist inzwischen mehrfach nachgewiesen worden.²⁾

So hat Kupisch gezeigt, daß bereits die Annahme des Durchgangserwerbs für eine "logische Sekunde" im Ansatz verfehlt ist.³⁾

1) BGHZ 20, 88 ff

2) Vgl. Kupisch, JZ 76, 417 ff; Marotzke, Das Anwartschaftsrecht - ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung?, jeweils m.w.N.

3) Kupisch, JZ 76, 417 ff

Die Konstruktion verleite nur dazu, die "logische Sekunde" in einem zeitlichen Sinn zu verstehen und daran "automatisch" Rechtsfolgen zu knüpfen, die den Zweiterwerber zugunsten eines Pfändungsgläubigers beeinträchtigten. Erwerbs- und Übertragungsstatbestand verwirklichten sich jedoch nicht zeitlich nacheinander, sondern der erste sei nur die Voraussetzung dafür, daß das Recht im Zeitpunkt des Bedingungseintritts auf den Erwerber übergehe. Die Verknüpfung der beiden Erwerbsvorgänge stellt Kupisch wie folgt dar: "Verwirklichung des Erwerbstatbestands plus Verwirklichung des Übertragungsstatbestands ergibt die Rechtsfolge: Eigentumserwerb des B. In mathematischen Zahlen ausgedrückt: statt $a+b = c$ (Eigentumserwerb des B), ist zu formulieren: $a+b+d = e$." Der Verfügende sei in keinem Augenblick Inhaber des Rechts, über das er verfüge, aber sein durch die Verfügung vereiteter eigener Rechtserwerb sei logische Voraussetzung dafür, daß das Recht im Zeitpunkt des Bedingungseintritts auf den Erwerber übergehe.¹⁾ An Stelle einer "blinden Addition einzelner Rechtsfolgen"²⁾ nimmt Kupisch eine Gesamtwürdigung der Rechtsvorgänge unter Berücksichtigung der Interessengegensätze von Zweiterwerber und Pfändungsgläubiger vor und gelangt dadurch zu dem gleichen, allgemein als richtig empfundenen Ergebnis

1) So auch von Tuhr, a.a.O., II, 1, 4

2) So Kupisch, a.a.O., S. 419

wie der BGH. Daraus folgt, daß es der Konstruktion des Anwartschaftsrechts zur Lösung des genannten Falls nicht bedurft hätte.

Wie in dem vorangehenden Beispiel, so vermag das Anwartschaftsrecht auch in anderen Fällen nicht mehr als einen bestimmten Tatbestand begrifflich zu verselbständigen.¹⁾

Diese begriffliche Abstraktion aber birgt die Gefahr, daß aus der Existenz des Anwartschaftsrechts Rechtsregeln abgeleitet werden, die über den Inhalt der Rechtsposition des Anwartschaftsberechtigten hinausgehen.²⁾

So läßt sich zwar - bezogen auf die anfangs aufgeworfenen Fragen - die Position des Schlußerben eines gemeinschaftlichen Testaments wie auch diejenige des Vertragserben nach herkömmlichem Verständnis als Anwartschaftsrecht bezeichnen. Umgekehrt kann daraus aber kein weitergehender Schluß auf den Inhalt dieser Position gezogen werden.³⁾ Im Ergebnis ist es daher gleichgültig, ob der BGH das Anwartschaftsrecht des Schlußerben oder dessen Übertragbarkeit verneint; denn letztlich

1) Vgl. auch Flume, a.a.O., S. 731 ff, der von einer "gedanklichen Konstruktion ohne juristischen Wert" spricht; ähnlich auch Medicus, JuS 67, 389: "konstruktiver Kunstgriff" und Reinicke-Tiedtke, Kaufrecht, S. 261:

"Aus diesem Begriff können keine Rechtsfolgen abgeleitet werden. Das ist nicht die Aufgabe eines Namens. Er vereinfacht die Darstellung, löst aber keine Probleme."

2) So z.B., wenn das Anwartschaftsrecht für erforderlich gehalten wird, um dem Vorbehaltskäufer die Möglichkeit zur Kreditsicherung zu geben, vgl. BGHZ 20, 88 ff; Medicus, Bürgerliches Recht, § 20, Rdzn. 456 u. 487

3) Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, § 20, Rdz. 487

ist es nur eine Frage der Terminologie, ob man auch eine nicht übertragbare Position schon als Anwartschaftsrecht bezeichnen will.¹⁾ Ebenso unerheblich ist es, ob man den Gegenstand der Beeinträchtigung i.S.d. § 2289 als Anwartschaftsrecht ansieht; denn Folgerungen für die Rechtsposition des vertragsmäßig Bedachten lassen sich daraus - wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben - nicht ziehen.

cc) Das künftige Recht des Bedachten als Gegenstand der Beeinträchtigung

Wenn mit dem Zustandekommen des Erbvertrags also kein sofortiger Rechtserwerb verbunden ist, wäre es immerhin denkbar, daß mit dem "Recht" i.S.d. § 2289 ein künftiges Recht des vertragsmäßig Bedachten gemeint ist.²⁾ Hiergegen spricht aber folgende Überlegung: Gemäß § 2278 II können neben Erbeinsetzungen und Vermächtnissen auch Auflagen vertragsmäßig getroffen werden. Der durch die Auflage

1) Vgl. Reinicke-Tiedtke, NJW 82, 2281 ff (2283): "Das Anwartschaftsrecht ist nur eine Bezeichnung... Im Bereich der Terminologie besteht aber kein Zwang. Es bleibt jedem überlassen, die Anforderungen an einen Namen frei zu bestimmen. Hieraus dürfen keine Rechtsfolgen abgeleitet werden." So auch Reinicke-Tiedtke, Kaufrecht, S. 261

2) So wird das "Recht" möglicherweise von Musielak, Münchener Kommentar, § 2289, Rdz. 9, verstanden: "Geschützt wird die Rechtsstellung des Bedachten, die er aufgrund des Erbvertrages mit dem Erbfall erhält."

Begünstigte erhält jedoch gemäß § 1940 kein Recht auf die Leistung; es braucht sogar nicht einmal einen durch die Auflage Begünstigten zu geben.¹⁾ Da § 2289 aber auch für vertragsmäßig angeordnete Auflagen gilt - andernfalls hätte § 2278 II ihre Vertragsmäßigkeit gar nicht zuzulassen brauchen - ist mit dem "Recht" i.S.d. § 2289 anscheinend auch nicht ein künftiges Recht gemeint. Nach alledem läßt sich das "Recht" i.S.d. § 2289 wohl am treffendsten als eine begriffliche Abstraktion für den Inhalt der jeweiligen erbvertraglichen Regelung charakterisieren, die den Anfall einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses oder die Vollziehung einer Auflage sicherstellt.²⁾

b) Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung
i.S.d. § 2289 Absatz 1

Die Frage, welcher Art die Merkmale einer späteren Verfügung von Todes wegen sind, die gemäß § 2289 I 2 zu einer Unwirksamkeit führen, ist noch nicht abschließend geklärt. Ihr soll daher im folgenden nachgegangen werden.

In der Literatur wird dieses Problem kaum eingehender behandelt. Den Formulierungen, die

1) Vgl. Musielak, Münchener-Kommentar, § 2289, Rdz. 9

2) So auch Endemann III, 641; Strohal I, 381; Siebert, a.a.O., S. 246

man in Lehrbüchern und Kommentaren hierzu vorfindet, scheinen teilweise gegensätzliche Auffassungen zugrunde zu liegen. So heißt es bei einigen Autoren, die Beeinträchtigung müsse eine "rechtliche" sein¹⁾ oder, für die Feststellung der Beeinträchtigung sei eine "rechtliche Betrachtungsweise" entscheidend.²⁾ Es sei ein "Vergleich allein aus rechtlicher Sicht vorzunehmen; wirtschaftliche Erwägungen (könnten) dabei nicht den Ausschlag geben."³⁾ Bei anderen liest man dagegen, daß auch schon eine "bloß wirtschaftliche Beeinträchtigung" im Rahmen des § 2289 als ausreichend anzusehen sei⁴⁾ und weiter, daß sich die Frage der Beeinträchtigung nach "wirtschaftlichen Gesichtspunkten" beantworte oder, daß es auf die "wirtschaftlichen Auswirkungen" der späteren Verfügung ankomme.⁵⁾ Schließlich findet sich die Auffassung, die Beeinträchtigung bestimme sich "nicht nur wirtschaftlich".⁶⁾ Welchen Gehalt diese Aussagen haben, soll im folgenden verdeutlicht werden.

1) Von Lübtow I, S. 421

2) Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 15

3) Musielak, Münchener Kommentar, § 2289, Rdz. 10

4) Soergel-Wolf, § 2289, Rdz.2

5) Hardraht-Prausnitz, Formularkommentar, S. 422

6) Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, V, 3a; ähnlich auch Brox, Erbrecht, Rdz. 156 und Palandt-Edenhofer, § 2289, 2 (bis zur 41. Auflage)

aa) Die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise

Betrachtet man die Äußerungen, die bei der Feststellung der Beeinträchtigung den wirtschaftlichen Aspekt hervorheben, so könnte der Anschein entstehen, daß hiernach eine Beeinträchtigung nur dann gegeben sei, wenn die neue Verfügung dem vertragsmäßig Bedachten im Vergleich zu der früheren Regelung wirtschaftliche Nachteile brächte. Eine solche Auffassung, derzufolge jeder Eingriff in die Rechtsstellung des Bedachten wirksam wäre, solange ihm im Ergebnis nur ein der vertragsmäßigen Verfügung entsprechender wirtschaftlicher Wert zukommt, liegt den zitierten Aussagen indes nicht zugrunde. Denn auch die auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abstellenden Autoren bringen entweder zum Ausdruck, daß eine spätere Verfügung von Todes wegen, die dem Erbvertrag widerspricht, in jedem Fall unwirksam sei oder, sie stimmen einem Urteil des BGH zu, in dem sich das Gericht gegen eine solche rein wirtschaftliche Betrachtungsweise ausgesprochen hat.^{1) 2)}

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Erblasser seinen Sohn zunächst unter gleichzeitiger Anordnung einer Testamentsvollstreckung zum alleinigen Vorerben eingesetzt und ihn mit einer jährlichen Rente

1) BGH NJW 58, 498 = BGHZ 26, 204ff

2) Unrichtig insofern Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, 4a, der dem BGH eine solche wirtschaftliche Betrachtungsweise unterstellt.

aus dem Nachlaß bedacht. In einem späteren Testament ernannte er den Sohn dann zu seinem Vollerben auf die Hälfte des Nachlasses und zwei weitere Personen zu Miterben; die Testamentsvollstreckung und das Renten - vermächtnis hob er auf.

Der BGH erachtete das Testament als unwirksam, ohne Rücksicht darauf, ob die darin enthaltene Regelung für den vertragsmäßig bedachten Sohn des Erblassers wirtschaftlich nachteiliger gewesen wäre als die des Erbvertrags. In der Begründung des Urteils heißt es u.a.: Gegenstand des Erbvertrags sei, daß dem Bedachten ein bestimmtes Recht zugewendet werde. Inhalt und Umfang dieses vertragsmäßig begründeten Rechts zu formulieren, sei Aufgabe der Parteien. Mit dem Wesen der durch den Vertrag begründeten Beziehungen sei es unvereinbar, wenn das Gesetz in § 2289 dem Erblasser als dem einen Vertragsteil gestatten würde, seinem Vertragspartner das ihm zugewendete Recht einseitig zu entziehen und ihm dafür ein Recht mit einem anderen Inhalt zukommen zu lassen, das allerdings wirtschaftlich wertvoller sei. Es wäre dies eine Befugnis, die dem allgemeinen Vertragsrecht fremd sei, so daß sie nur dann zugestanden werden könnte, wenn sich aus dem Gesetz ein klarer, dahin gehender Wille entnehmen ließe. Da dies nicht der Fall sei, könne § 2289 I nur so ausgelegt werden, wie es im Einklang mit den allgemeinen, das Wesen der Verträge bestimmenden Regeln stehe.

Die Entscheidung des BGH ist im Ergebnis auf uneingeschränkte Zustimmung gestoßen.¹⁾ Allerdings ist die Begründung des Urteils deshalb kritisiert worden, weil sie sich gegenüber den rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten des Klägers auf das "Wesen der Verträge" stützt.²⁾ Darüber hinaus stellt sich diese Begründung als widersprüchlich dar. Einerseits enthält sie den Hinweis, daß der Erblasser das Recht des Beklagten wohl habe erweitern können; andererseits hebt sie hervor, daß eine Verfügung notwendigerweise das Recht des Bedachten beeinträchtigt, wenn sie im Widerspruch zu der vertraglichen Regelung stehe. Denn auch im Fall der Erweiterung der Rechtsstellung des vertragsmäßig Bedachten - etwa vom Vorerben zum Vollerben - kann ein Widerspruch der Verfügungen i.S.d. § 2258 vorliegen, ohne daß eine Beeinträchtigung gemäß § 2289 I gegeben ist.³⁾

Prägnanter äußert sich Siebert zu den Unzulänglichkeiten einer rein wirtschaftlichen

1) Vgl. Siebert, a.a.O., S. 256 ff; Brox, Erbrecht, Rdz. 156; von Lübtow I, 427; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2a; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 15; Palandt-Edenhofer, § 2289, 3a; Soergel-Wolf, § 2289, Rdz. 6; Musielak, Münchener Kommentar, § 2289, Rdz. 10, Fn. 15

2) Vgl. Küster, JZ 58, 394, der dem damaligen IV. Zivilsenat seine angebliche Neigung zur "Wesensschau" vorwirft.

3) Die Äußerungen des BGH, daß im Falle eines Widerspruchs notwendig eine Beeinträchtigung gegeben sei, wird zustimmend wiedergegeben von Soergel-Wolf, § 2289, Rdz. 6; Palandt-Edenhofer, § 2289, 3a; RGRK-Kregel, § 2289, 3

Betrachtungsweise.¹⁾ Er weist darauf hin, daß das im BGB geregelte Institut des Erbvertrags ausgehöhlt würde, wenn der Erblasser jederzeit die vertraglich getroffene Regelung umstoßen und durch eine andere ersetzen könne, solange diese dem Bedachten keine wirtschaftlichen Nachteile brächte. Der Erbvertrag würde dem Bedachten lediglich noch einen der vertragsmäßigen Regelung entsprechenden Wertanteil an dem Nachlaß des Erblassers sichern, und es würde den wirtschaftlichen Interessen in unzulässiger Weise der Vorrang gegenüber solchen ideeller Art eingeräumt. Gerade bei Erbfragen spielten moralische und sonstige ideelle Gesichtspunkte oft eine erhebliche Rolle. Der Bedachte selbst müsse über eine Änderung seiner Rechtsstellung entscheiden können, nicht der Erblasser und auch nicht der Richter. Es käme einer Aufhebung der Privatautonomie und der vertraglichen Bindung im Bereich des § 2289 gleich, wenn dem vertragsmäßig Bedachten die Entscheidung über das, was für ihn vorteilhafter sei, genommen würde, und wenn er sich eine einseitige Änderung seiner Rechtsstellung gefallen lassen müßte.

Auch Hense²⁾ hält angesichts des Vertragscharakters des Erbvertrags jede einseitige Abänderung der von den Parteien einverständlich getroffenen Regelung für bedenklich.

1) Siebert, a.a.O., S. 256 ff

2) Erman-Hense, § 2289, Rdz. 4; anders noch die 5. Auflage

bb) Stellungnahme

Wenn die genannten Meinungen eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise ablehnen, so ist ihnen im Ergebnis zuzustimmen. Die Möglichkeit des Erblassers, das "Recht" des vertragsmäßig Bedachten einseitig abzuändern, wäre in der Tat mit dem Prinzip "pacta sunt servanda" unvereinbar. Die Gebundenheit an den Vertrag bedeutet die Maßgeblichkeit der vertraglichen Regelung für die Vertragsschließenden, ihre Unterwerfung unter die von ihnen selbst geschaffene "lex contractus", die der einzelne nicht durch einseitiges Handeln aufheben oder ändern kann.¹⁾ Gleichwohl sind ihre Argumente nicht geeignet, die These zu widerlegen, daß mit der Beeinträchtigung i.S.d. § 2289 allein eine wirtschaftliche Schlechterstellung des Vertragserben gemeint sei. Zu Unrecht gehen sie nämlich von der Vorstellung aus, eine solche rein wirtschaftliche Betrachtungsweise führe dazu, daß der Erblasser die Regelung einseitig umstoßen und ersetzen könne. Eine solche Annahme findet nicht nur im Gesetz keine Stütze, sondern widerspricht geradezu der gesetzlichen Regelung. Gemäß §§ 2253 ff kann der Erblasser nur letztwillige Verfügungen durch ein späteres Testament widerrufen. Das einem Erbvertrag nachfolgende, wirksame Testament äußert demgegenüber keine Widerrufswirkung.

¹⁾ Flume, AT, II, § 1, 5u. 6; Larenz, AT, S. 40

Das Gesetz sieht vielmehr in §§ 1948 II und 1951 ¹⁾ für den Fall, daß ein Testament trotz Bestehens eines Erbvertrags weder von dem Tatbestand des § 2289 I 1 noch des § 2289 I 2 erfaßt wird, den gleichzeitigen Bestand beider Verfügungen von Todes wegen vor. Der Erbvertrag wird durch eine wirksame spätere Verfügung von Todes wegen nicht außer Kraft gesetzt oder geändert; ²⁾ der Bedachte, der sowohl durch Erbvertrag als auch durch Testament als Erbe berufen ist, kann in diesem Fall die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrund annehmen und aus dem anderen ausschlagen. ³⁾

1) Näheres hierzu S. 52 ff

2) Vgl. von Lübtow I, S. 424

3) von Lübtow II, S. 703, 70 4; ein Beispiel dafür, daß ein früheres Testament neben dem Erbvertrag bestehen bleibt, nennt Musielak, Münchener-Kommentar, § 2289, Rdz. 11: Der Bedachte, der zunächst testamentarisch als Alleinerbe eingesetzt worden ist, wird in einem späteren Erbvertrag vertragsmäßig zu einem Bruchteil zum Erben ernannt. "Das merkwürdige Ergebnis, daß trotz sachlicher Unvereinbarkeit verschiedene Verfügungen von Todes wegen nebeneinander wirksam bleiben, wenn es sich bei der späteren um einen Erbvertrag handelt, der dem Bedachten eine schlechtere Rechtsstellung zuweist als das frühere Testament, tritt nur dann nicht ein, wenn davon ausgegangen werden kann, daß der Erblasser die frühere letztwillige Verfügung widerrufen wollte;" Würde in dem genannten Beispiel das Testament dem Erbvertrag zeitlich folgen, dürfte m.E. nichts anderes gelten, da das vertragsmäßige "Recht" des Bedachten durch das Testament ebenso wenig beeinträchtigt würde.

Somit ergibt sich, daß dem vertragsmäßig Bedachten gegen seinen Willen kein Vorteil entzogen werden kann; ihm kann auch die Entscheidung über die für ihn günstigere Regelung nicht genommen werden, wenn die Beeinträchtigung auf Grund eines wirtschaftlichen Vergleichs der beiden Verfügungen festgestellt würde. Wenn man die oben beschriebene Regelung des Gesetzes berücksichtigt, erscheint eine wirtschaftliche Betrachtungsweise auf den ersten Blick sogar als vorteilhaft: Zum einen könnte sich der Bedachte die für ihn günstigste Rechtsstellung aussuchen, zum anderen hätte er die Möglichkeit, dem letzten Willen des Erblassers dadurch Geltung zu verschaffen, daß er die vertragsmäßige Zuwendung ausschlägt und die letztwillige annimmt.

Hierbei würde allerdings übersehen, daß der gleichzeitige Bestand beider Verfügungen zu nicht lösbaren Problemen führen kann. Dies wird am folgenden Beispiel deutlich:

Hat der Erblasser mit seinen beiden Kindern einen Erbvertrag geschlossen und darin das eine Kind als Erben eingesetzt, das andere mit einem Geldvermächtnis in Höhe der Hälfte des Nachlaßwertes bedacht, und verfügt er später einseitig in umgekehrtem Sinne, so würde diese Verfügung weder das Recht des einen Kindes noch des anderen beeinträchtigen. Beide Verfügungen wären wirksam; jedes der Kinder hätte ein Wahlrecht, jedes könnte eine der beiden - nach wie vor wirksamen - Zuwendungen annehmen und die andere ausschlagen. Entschieden sich nun beide für

die Erbenstellung, so ließe sich nicht sagen, wer Rechtsnachfolger des Erblassers wäre. Es zeigt sich somit, daß die Untauglichkeit eines wirtschaftlichen Beurteilungsmaßstabs allein aus seiner Unvereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung der §§ 1948 II und 1951 folgt, die den gleichzeitigen Bestand von wirksamem Erbvertrag und Testament vorsieht.

Wenn demnach eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht vertretbar ist und auch von den anfangs zitierten Autoren in Wahrheit nicht vertreten wird, so fragt es sich, wie die genannten Äußerungen sonst zu verstehen sind. Aufschluß darüber könnten die von einigen Autoren genannten Beispiele einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung geben. Angeführt werden ausschließlich die Anordnung eines Vermächtnisses, einer Auflage oder einer Testamentsvollstreckung, mit der der Erbe belastet wird. Daraus ist zu folgern, daß mit wirtschaftlicher Beeinträchtigung Maßnahmen des Erblassers gemeint sind, die den Bedachten wirtschaftlich belasten, ohne in sein vertragsmäßiges "Recht" einzugreifen.¹⁾

1) Vgl. Soergel-Wolf, § 2289, Rdz. 2; RGRK-Kregel, § 2289, Rdzn. 1 u. 3; Palandt-Edenhofer, § 2289, 1 (bis zur 41. Auflage); Helfrich, a.a.O., S. 69: "... der Erstbedachte (erleidet) zwar keinen rechtlichen Nachteil, da sein Erbrecht bestehen bleibt; seine Benachteiligung ist rein wirtschaftlicher Natur ..."

Es wurde bereits festgestellt, daß das "Recht" i.S.d. § 2289 lediglich eine begriffliche Abstraktion für den Inhalt der zwischen den Vertragsparteien erzielten Einigung, also für die erbvertragliche Regelung ist. Wirtschaftliche Beeinträchtigung kann demnach nur bedeuten, daß dem Bedachten durch die spätere Verfügung wirtschaftliche Vorteile vorenthalten werden, die ihm nach dem Inhalt der vertragsmäßigen Regelung zukämen. Der Entzug solcher Vorteile ist aber nur derart möglich, daß durch die nachträgliche Verfügung des Erblassers in die vertragliche Regelung selbst eingegriffen wird; denn nur im Rahmen dieser Regelung werden die wirtschaftlichen Vorteile geschützt. Daraus folgt, daß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung ¹⁾ immer nur dann gegeben sein kann, wenn der Erblasser dem Bedachten eine von der erbvertraglichen Regelung abweichende Rechtsposition einräumen will. Eine Beeinträchtigung i.S.d. § 2289 ohne eine Veränderung des "Rechts" ist somit nicht möglich. ²⁾

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine von Lange-Kuchinke erörterte Fallkonstellation, die auf den ersten Blick geeignet erscheint, die vorangegangene Feststellung zu widerlegen: Der Erblasser setzt den A vertragsmäßig zum Nacherben

1) Dasselbe gilt für den Fall, daß dem Bedachten durch die letztwillige Verfügung ideelle Vorteile verloren gingen.

2) So auch Siebert, a.a.O., S. 250, 251

nach dem Tode des B ein, der nur letztwillig zum Vorerben bestimmt ist. Durch eine weitere Verfügung von Todes wegen beruft er an Stelle von B den C zum Vorerben, der im Gegensatz zu B verschwenderisch ist und diesen um Jahre überlebt.¹⁾ In diesem Fall ist die Einsetzung des C zum Vorerben für A offensichtlich wirtschaftlich nachteilig, ohne daß jedoch seine Rechtsstellung verändert worden wäre. Eine Beeinträchtigung des "Rechts" i.S.d. § 2289 I liegt hier jedoch deswegen nicht vor, weil die dem A nach dem Inhalt des Erbvertrags zugedachte Rechtsstellung wegen der nicht bindend getroffenen Vorerbschaft des B von vornherein die Möglichkeit in sich trug, daß eine für den A ungünstige Vorerbschaft angeordnet würde. Es fehlt insoweit an einem Gegenstand der Beeinträchtigung, an einer vertraglichen Regelung, die dem A die Nacherbenstellung nach B garantiert. Dies verkennt Kuchinke, wenn er annimmt, eine Beeinträchtigung sei nur dann nicht gegeben, wenn C nicht später sterbe als B.

Fragt man nun, wie es zu der genannten Auffassung jener Autoren kommt, so läßt sich folgendes feststellen: Ausgangspunkt ihrer Überlegungen bildet ein Vergleich des § 2289 I mit dem dieser Vorschrift entsprechenden, das Verhältnis zweier zeitlich aufeinander folgender Testamente regelnden

1) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2b

§ 2258 I. Nach § 2258 I wird eine frühere letztwillige Verfügung durch ein späteres Testament insoweit aufgehoben, als dieses mit der früheren Verfügung in Widerspruch steht. Diese Wirkung, so wird argumentiert, äußere der Erbvertrag auch, und zwar nicht nur auf frühere, sondern auch auf spätere letztwillige Verfügungen. Sie gehe darüber hinaus noch insofern weiter, als der Erbvertrag auch solche Verfügungen aufhebe, die rechtlich¹⁾ neben den vertragsmäßigen bestehen könnten, aber wirtschaftlich das Recht des Bedachten beeinträchtigen würden, z.B. Vermächtnis, Testamentsvollstreckung und Auflage.²⁾

Somit zeigt sich, wie die unterschiedlichen Ausführungen zum Begriff der Beeinträchtigung zu erklären sind. Anders als diejenige Auffassung, die allein den rechtlichen Aspekt der Beeinträchtigung hervorhebt, verstehen diejenigen Meinungen, die auch wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen wollen, die rechtliche Beeinträchtigung in einem engeren Sinn, nämlich als gleichbedeutend mit dem Widerspruch im Sinne des § 2258 I. Gleichzeitig werden hier als wirtschaftliche Beeinträchtigung alle Beschränkungen angesehen, die nicht zugleich einen Widerspruch darstellen.³⁾

1) Gemeint ist eigentlich nicht "rechtlich", sondern "logisch" (Satz vom Widerspruch)

2) Vgl. Fn. 1, S.

3) Vgl Kipp-Coing, § 38, II, 2: "Eine Verfügung kann mit einer anderen juristisch vereinbar sein und doch eine Beeinträchtigung bedeuten"; Hardraht u. Prausnitz, die mit "dem Erbvertrag zuwiderlaufen" wohl den Widerspruch i.S.d. § 2258 meinen.

Darüber hinaus folgt für diejenigen Autoren, die das "Erbrecht" als Gegenstand der Beeinträchtigung ansehen, die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch aus ihrem Verständnis vom Begriff des "Rechts" i.S.d. § 2289.¹⁾ Wenn hiernach in Wirklichkeit kein sachlicher Unterschied zwischen beiden Meinungen besteht,²⁾ so erscheint doch eine wirtschaftliche Betrachtung zur Begründung der Beeinträchtigung als verfehlt; denn die Nichtübereinstimmung von Widerspruch i.S.d. § 2258 und Beeinträchtigung in § 2289, auf die die mißverständlichen Formulierungen zurückgehen, hat ihre Ursache nicht in wirtschaftlichen Erwägungen, sondern allein in dem Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag: Dem Testament liegt der einseitig gebildete Wille des Erblassers zugrunde; es trägt daher von vornherein die Möglichkeit einer Abänderung oder eines Widerrufs in sich. Wird der testamentarisch zum Erben Eingesetzte später mit einem Vermächtnis, einer Auflage oder Testamentsvollstreckung belastet, so ist diese Anordnung neben der Erbeinsetzung

1) Vgl. S. 16

2) Es trifft daher nicht zu - wie Musielak, Münchener Kommentar, § 2289, Rdz. 9, bemerkt - daß Palandt-Edenhofer, Soergel-Wolf u. RGRK-Kregel wirtschaftliche Erwägungen für ausschlaggebend halten. Widersprüchlich Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2a, Fn. 55: "Bei Anordnungen, die rechtlich neutral, wirtschaftlich aber nachteilig sind, müssen die Anhänger einer wirtschaftlichen Betrachtung Beeinträchtigung annehmen." Bei diesen Anordnungen - gemeint sind Testamentsvollstreckung, Vermächtnis und Auflage - nimmt auch Lange-Kuchinke eine Beeinträchtigung an, obwohl er sich nicht zu den Vertretern einer wirtschaftlichen Betrachtung zählt.

wirksam, weil es zur Aufrechterhaltung einer früheren letztwilligen Verfügung genügt, daß kein Widerspruch zu der späteren Verfügung gegeben ist. Eine Anordnung, die jederzeit widerruflich ist, kann auch beliebig eingeschränkt werden. Wird dagegen der Vertragserbe in der genannten Weise beschwert, so ist diese Anordnung unwirksam; denn zur Aufrechterhaltung einer dem Erbvertrag nachfolgenden Verfügung reicht es nicht aus, daß kein Widerspruch zu der früheren Verfügung besteht. Voraussetzung für den Bestand dieser Anordnung ist vielmehr, daß die Rechtsposition des Bedachten nicht beeinträchtigt wird. Wegen des von beiden Parteien festgelegten Vertragsinhalts ist eine einseitige Einschränkung des Rechts des Bedachten nicht möglich.¹⁾

1) Vgl. auch Siebert, a.a.O., S. 251

cc) Keine Beeinträchtigung bei Erweiterung
der vertragsmäßigen Rechtsposition des
Bedachten

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Beeinträchtigung irreführend ist, weil durch sie der Eindruck entstehen könnte, eine Beeinträchtigung sei ohne einen Eingriff in das Recht des vertragsmäßig Bedachten möglich. Die Erkenntnis, daß jede Beeinträchtigung einen Eingriff in das "Recht" des Bedachten voraussetzt, besagt jedoch nichts darüber, ob umgekehrt jede Verfügung, die eine Veränderung des "Rechts" des Bedachten zur Folge hätte, eine Beeinträchtigung i.S.d. § 2289 bedeutet. Würde etwa der vertragsmäßige Vorerbe oder Bruchteilserbe durch eine spätere Verfügung zum alleinigen Vollerben ernannt, so wäre ein Eingriff in die Rechtsposition der Genannten gegeben, ohne daß dies den Charakter einer Beeinträchtigung dieser Position hätte.

Auf Grund des Wortlauts der Vorschrift des § 2289 I 2 kann zunächst soviel als sicher angenommen werden, daß der Gesetzgeber den durch einen Erbvertrag gebundenen Erblasser nicht hat hindern wollen, solche Verfügungen zu treffen, die die Rechtsposition des Bedachten erweitern. Denn wenn nach dieser Vorschrift eine spätere Verfügung von Todes wegen insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, so ist der Schluß

unabweisbar, daß es Verfügungen geben muß, die neben der vertragsmäßigen Verfügung Bestand haben. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine andere Fassung des § 2289 I gewählt. Dieses Ergebnis läßt sich ferner dem § 1948 II entnehmen, der von der Möglichkeit einer gleichzeitigen Berufung durch Erbvertrag und Testament ausgeht. Auch ein Rückgriff auf die Motive bestätigt dies.¹⁾ Es heißt dort: "Wird das Recht nicht beeinträchtigt, so ist kein Grund zur Unwirksamkeit vorhanden." So wird denn auch in Rechtsprechung und Literatur die Befugnis des Erblassers, die Rechtsposition des vertragsmäßig Bedachten einseitig zu verbessern, ganz überwiegend bejaht.²⁾

Der BGH, der in seiner Entscheidung vom 8.1.1958³⁾ beiläufig darauf hingewiesen hat, daß der Erblasser das Recht des Begünstigten wohl habe erweitern, nicht aber einschränken können, hat in der Berufung des vertragsmäßig zum alleinigen Vorerben

1) Motive V, 331, 332

2) So ausdrücklich BGHZ 26, 240 ff = NJW 58, 498 ff; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 16; von Lübtow I, 424; Brox, Erbrecht, Rdz. 157; Johannsen, WM 69, 1224; Staudinger-Dittmann, § 2289, Rdz. 14; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2a; Musielak, Münchener-Kommentar, § 2289, Rdz. 17

3) BGH NJW 58, 498 = BGHZ 26, 204 ff

Eingesetzten zum Vollerben zur Hälfte keine Erweiterung der Rechtsstellung des vertragsmäßig Bedachten gesehen. In einer anderen Entscheidung¹⁾ hat das Gericht ohne Begründung die Meinung vertreten, daß eine Besserstellung in der Regel dann zu bejahen sei, wenn dem Bedachten anstelle eines lebzeitigen Nießbrauchsvermögens an dem gesamten Nachlaß die Stellung eines alleinigen Vollerben eingeräumt werde.²⁾

Ein Teil der Literatur³⁾ stimmt dieser These zu oder bildet ähnliche Beispiele, in denen eine Besserstellung des Bedachten als offensichtlich erscheint, ohne jedoch zu präzisieren, anhand welchen Maßstabs die Verfügung auf ihre begünstigende oder beeinträchtigende Wirkung zu prüfen ist.

(1) Die Auffassung Kuchinkes

Deutlicher äußert sich in diesem Zusammenhang Kuchinke. Er erachtet zunächst jede Verfügung für wirksam, die lediglich eine

1) BGHZ 30, 262 ff; dort ging es allerdings um das nur ähnlich gelagerte Problem, ob der Erblasser bei einem gemeinschaftlichen Testament seinen Ehegatten durch ein einfaches späteres Testament unter Ausschluß des § 2271 I eine bessere Rechtsstellung verschaffen kann als ihm nach dem gemeinschaftlichen Testament zukäme.

2) Vgl. hierzu die ablehnende Kritik Bärmanns, NJW 60, 142

3) Brox, Erbrecht, Rdz. 157; Staudinger-Dittmann, § 2289, Rdz. 14; von Lübtow I, 424; Johannsen, WM 69, 1224

Erhöhung der dem Bedachten zugesicherten erbrechtlichen Quote enthält.¹⁾ Daneben läßt er bei "offensichtlicher unzweifelhafter Werterhöhung" eine Änderung des Gegenstandes des Vermächtnisses oder der Auflage zu.²⁾ Im übrigen beurteilt er die Verfügung danach, ob sie den Bedachten im Zeitpunkt des Erbfalls aus der ihm nach dem Vertragsinhalt zugedachten Stellung als Erbbeteiligten zurücksetzen würde. Für die Zurückstufung hält er die Reihenfolge: Alleinerbe - Miterbe - Vorerbe - Nacherbe - Ersatzerbe - Vermächtnisnehmer - Auflagenbegünstigter für maßgebend.³⁾ Trotz einer Erweiterung der erbrechtlichen Stellung des vertragsmäßig Bedachten soll eine Verfügung des Erblassers aber dann nach § 2289 I 2 unwirksam sein, wenn sie gleichzeitig Beschränkungen oder Beschwerungen enthält. Die spätere Verfügung dürfe dem Bedachten lediglich einen erbrechtlichen Vorteil bringen.⁴⁾ Sei diese Voraussetzung aber erfüllt, so sei die spätere Verfügung wirksam, auch wenn der Bedachte ideelle oder wirtschaftliche Nachteile dadurch erleide,

1) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2a u. dort auch Fn. 53

2) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 2a, Fn. 58

3) Vgl. Fn. 2; ferner Musielak, Münchener-Kommentar, § 2289, Rdz. 1o

4) So auch von Lübtow I, 424

daß er mit anderen Erbanwärttern "in Feindschaft" gerate oder sie ihn durch ihre "gehäuften Pflichtteilsansprüche" ruinierten.

(2) Die Auffassung Sieberts

Auch nach Siebert wird das Recht des vertragsmäßig Bedachten nicht i.S.d. § 2289 I beeinträchtigt, wenn der Erblasser durch die spätere Verfügung von Todes wegen die rechtliche Gestaltung des Erbvertrags lediglich zugunsten des Bedachten erweitert.¹⁾ Dem Bedachten dürften aber keine vorteilhaften Rechtspositionen, die er kraft der erbbvertraglichen Regelung mit Eintritt des Erbfalls erlangen würde, entzogen werden.²⁾ Im Gegensatz zu Kuchinke, nach dessen Auffassung der Vorteil immer generell zu bestimmen ist, soll er sich nach Siebert unter Berücksichtigung der ideellen und wirtschaftlichen Interessen des Bedachten im Einzelfall bemessen. Es sei nicht ausgeschlossen, daß diese Interessen u.U. zu einer Aufrechterhaltung der Vorerbenstellung des Bedachten führen könnten, auch wenn der Erblasser ihn in einem späteren Testament zum Alleinerben eingesetzt habe.

(3) Stellungnahme

Der Meinung Sieberts, eine spätere Verfügung, die das "Recht" des vertragsmäßig Bedachten

¹⁾ Siebert, a.a.O., S. 253

²⁾ Siebert, a.a.O., S. 253

erweitere, könne nur dann Bestand haben, wenn sie darüber hinaus im Interesse des Bedachten liege, kann nicht gefolgt werden. Zum einen liegt ihr die falsche Vorstellung zugrunde, daß dem Bedachten die Erweiterung seiner Rechtsstellung aufgezwungen werden könne, zum anderen würde sie in der praktischen Anwendung zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen. Es müßte nämlich im Einzelfall jeweils untersucht werden, welches ideelle oder wirtschaftliche Interesse des Bedachten an der Beibehaltung der vertragsmäßigen Rechtsstellung bestehen und andererseits, welches Interesse der Bedachte an der Erweiterung seiner Rechtsstellung haben könnte. Darüber hinaus aber wäre die weitaus schwierigere Frage zu entscheiden, welchem Interesse jeweils die größere, ausschlaggebende Bedeutung beizumessen wäre. Hat z.B. der Erblasser seine Ehefrau aus zweiter Ehe vertragsmäßig und seine Kinder aus erster Ehe einseitig zu Bruchteilen als Erben eingesetzt und bestimmt er später seine Frau zur Alleinerbin, so könnte diese an der testamentarischen Rechtsstellung sowohl ein wirtschaftliches als auch ein morales, auf Verwirklichung des letzten Willens ihres Ehegatten gerichtetes Interesse haben. Andererseits wäre es denkbar, daß ihre ideellen Interessen dahin gehen, den Kindern die Erbenstellung zu erhalten,¹⁾ oder daß sie deshalb der

1) Vgl. BayObLGZ 61, 206 ff, wo das Gericht das ideelle Interesse eines Ehegatten an der Erbeinsetzung der zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht vorhandenen Abkömmlinge höher bewertet hat als das Interesse an dem Übergang des Vermögens auf sich selbst.

vertraglichen Regelung den Vorzug gibt, weil sie vor den Schwierigkeiten der Nachlaßabwicklung bewahrt bleiben will. Es liegt auf der Hand, daß eine Abwägung wirtschaftlicher Interessen mit solchen ideellen Inhalts kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen würde.¹⁾

Gegen die Auffassung Sieberts spricht aber auch eine weitere Überlegung: Nach § 2289 I 2 ist der Erblasser nicht gehindert, über den

1) Die Rechtslage ist also anders als beim gemeinschaftlichen Testament. Erachtete man beim gemeinschaftlichen Testament eine spätere einseitige Verfügung für wirksam, weil sie eine Erweiterung der Rechtsstellung des Bedachten zum Gegenstand hat, so würde die spätere Verfügung die frühere widerrufen. Es läge keine Mehrheit der Berufungsgründe i.S.d. § 1951 vor, und der Bedachte hätte nicht die Wahl, durch Ausschlagung in den Genuß der dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments entsprechenden Rechtsstellung zu kommen. Anders als beim Erbvertrag wäre es also möglich, daß bei einer rechtlichen Besserstellung unter Umständen wirtschaftliche oder ideelle Interessen des Bedachten verletzt würden. Es ist deswegen nicht zutreffend, wenn Bärmann, NJW 60, 142, als Befürworter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Frage der Beeinträchtigung beim Erbvertrag genannt wird, nur weil er sich beim gemeinschaftlichen Testament gegen eine Beurteilung der Besserstellung nach rein rechtlichen Gesichtspunkten wendet.

Teil seines Nachlasses von Todes wegen frei zu verfügen, der von der erbvertraglichen Bindung nicht erfaßt ist. Hat der Erblasser etwa seinen Vertragspartner und drei andere Personen zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt, jedoch nur den ersteren vertragsmäßig bedacht, so kann er die letztwillig getroffenen Verfügungen jederzeit widerrufen. Dabei steht es in seinem Belieben, ob er über die frei gewordenen Bruchteile überhaupt neu verfügt, sie weiter aufteilt, eine Vor- und Nacherbschaft bezüglich dieses Erbteils anordnet oder einer weiteren Person den Nießbrauch daran bestellt. Da er also insoweit befugt ist, von Todes wegen zu verfügen, kann er auch den Vertragspartner mit einem weiteren Bruchteil bedenken oder ihm die restlichen drei Viertel des Nachlasses zuwenden, so daß er Alleinerbe wird.

Dem von Lange-Kuchinke vorgeschlagenen, vom Alleinerben bis Auflagenbegünstigten abgestuften Wertungsschema kann gleichfalls nicht zugestimmt werden. Zwar ist einzusehen, daß jede Zurückstufung innerhalb des Schemas eine Beeinträchtigung des Rechts des Zurückgestuften darstellt; ebenso gut kann jedoch bei einer Vorstufung in dem genannten Sinn eine Beeinträchtigung angenommen werden. Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen: Setzte der Erblasser etwa den vertragsmäßig als Nacherben Berufenen zum Vorerben, den Vermächtnisnehmer zum Nacherben ein, und läge in diesen Verfügungen keine Beeinträchtigung, so wären sie wirksam. Ein solches Ergebnis ließe sich aber mit der Regelung der §§ 1948 II, 1951 nicht vereinbaren, der zufolge vertragsmäßige Verfügungen

neben wirksamen anderen Verfügungen Bestand haben. Entschieden sich nämlich in dem genannten Beispiel beide Bedachte für die Nacherbenstellung, so wäre unklar, wem von ihnen diese Rechtsstellung zukäme. Um diese Kollision mit der Regelung der §§ 1948 II, 1951 zu vermeiden, müssen die späteren Verfügungen die Rechtsfolge des § 2289 auslösen. Wenn nun aber sowohl in der Zurückstufung als auch in der Vorstufung eine Beeinträchtigung des Rechts des vertragsmäßig Bedachten liegen kann, so enthält das Schema keinen brauchbaren Maßstab für die Feststellung der Beeinträchtigung. Es hat dann lediglich den Wert einer beispielhaften Aufzählung von Fällen, in denen offensichtlich eine Beeinträchtigung im Sinne des § 2289 gegeben ist.

Bedenklich erscheint darüber hinaus die Meinung Lange-Kuchinkes, der Austausch eines Vermächtnisgegenstands stelle bei zweifelsofreier Werterhöhung keine Beeinträchtigung dar. Eine solche Auffassung käme nicht nur in diesem Punkt einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleich, die von diesen Autoren aber ausdrücklich abgelehnt wird; sie führte außerdem zu dem soeben aufgezeigten Konflikt mit den §§ 1948 II und 1951. Denkbar wäre, daß der Erblasser dem A einen Geldbetrag vermacht und dem B das wertvollere Grundstück x. Später bestimmt er, A solle dieses Grundstück bekommen, B dafür das noch wertvollere Grundstück y. Würde nun A die Zuwendung aus der ersten Verfügung und B die aus der zweiten Verfügung ausschlagen, so

ließe sich nicht entscheiden, wer das von beiden ausgewählte Grundstück x beanspruchen könnte.

Hieraus geht hervor, daß die Wirksamkeit der dem Erbvertrag nachfolgenden letztwilligen Verfügung immer nur vor dem Hintergrund der §§ 1948 II und 1951 gesehen werden kann. Wirksam können demnach nur diejenigen letztwilligen Verfügungen sein, die mit diesen Vorschriften vereinbar sind. Hierbei handelt es sich um solche Anordnungen, die dem Begünstigten lediglich einen weiteren Erbteil oder ein zusätzliches Vermächtnis zukommen lassen oder ihn zum Alleinerben berufen. Dem Bedachten werden dann einerseits keine Rechtsvorteile entzogen, andererseits führt der gleichzeitige Bestand beider Verfügungen nicht zu Unklarheiten über die Erbfolge; denn der weitere Erbteil oder das Vermächtnis kann nicht wirksam mehreren Personen zugewendet werden.

dd) Die Wirksamkeit der beeinträchtigenden
Verfügung bei Ausschlagung des vertrags-
mäßig Zugewandten

Der hier vertretenen Ansicht könnte entgegengehalten werden, daß sie im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führe. Ihr zufolge hätte der Erblasser nicht die Möglichkeit, den zu einem ganz geringen Bruchteil als Vollerbe Eingesetzten statt dessen zum alleinigen Vorerben zu berufen oder dem hoffnungslosen Ersatzerben den gesamten Wert des Nachlasses als Vermächtnis zukommen zu lassen. Er könnte schließlich nicht einmal den nur dürftig bedachten Vermächtnisnehmer zum Bruchteilserben machen.

Ob dieser Einwand begründet ist, soll im folgenden untersucht werden. Denkbar wäre nämlich, daß der Bedachte die ihm vom Erblasser letztwillig zugewiesene Rechtsstellung noch dadurch erlangen kann, daß er die vertragsmäßige Zuwendung ausschlägt. Ob der Bedachte diese Chance hat, hängt im wesentlichen davon ab, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Beeinträchtigung maßgeblich ist.¹⁾ Wäre es der Zeitpunkt des Erbfalls, so würde die Unwirksamkeit der Zweitverfügung als Rechtsfolge des § 2289 nicht eintreten, da der Erbvertrag

1) Der Frage kommt gleichermaßen Bedeutung für den Fall zu, daß die Bindung deshalb entfällt, weil der Erblasser nach Errichtung der beeinträchtigenden Verfügung von dem Erbvertrag zurücktritt oder der vertragsmäßig Bedachte vorverstirbt oder auf sein Erbe verzichtet.

aufgehoben bzw. gegenstandslos wäre und somit eine Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten nicht vorläge. Anders wäre die Rechtslage, wenn es auf den Errichtungszeitpunkt der Zweitverfügung ankäme; dann wäre die Verfügung bereits vor dem Erbfall unwirksam und könnte nicht auf Grund der genannten Tatbestände wirksam werden.

(1) Der für die Feststellung der Beeinträchtigung maßgebliche Zeitpunkt

Der BGH, der diese Problematik in seinem bereits mehrfach zitierten Urteil ¹⁾ angeschnitten hat, hat sich einer Entscheidung in dieser nicht unbestrittenen Rechtsfrage enthalten.

Nach einer in einem Teil der Literatur vertretenen Ansicht soll für die Unwirksamkeit der Zweitverfügung allein deren Inhalt entscheidend sein. Aus der in § 2289 I enthaltenen Formulierung "... soweit sie das Recht des Bedachten beeinträchtigen würde..." müsse geschlossen werden, daß es lediglich darauf ankomme, ob die letztwillige Verfügung geeignet sei, den im Erbvertrag Bedachten zu benachteiligen, und nicht, ob eine Beeinträchtigung tatsächlich erfolge. ²⁾

1) BGH NJW 58, 498 ff

2) Binder I, S. 65, 66, Fn. 25; Leonhard, § 2289 II C 3; Meyer, a.a.O., S. 561

Andere wollen aus der Tatsache, daß § 2289 I die Unwirksamkeit und nicht die Nichtigkeit der beeinträchtigenden Verfügung anordnet, ableiten, daß die Verfügung bei Wegfall des Erbvertrags¹⁾ oder des vertragsmäßig Bedachten²⁾ erbrechtliche Wirkungen äußere.³⁾

Aus den Motiven läßt sich nichts Entscheidendes für die Auslegung des § 2289 I 2 herleiten.⁴⁾ Zwar äußern sie sich dahin, daß ein Testament bestehen bleibe, wenn der Vertragserbe nicht erben könne oder wolle. Im Gegensatz zu § 2289 I, der die Wendung enthält: "... soweit sie das Recht ... beeinträchtigen würde...", sagte § 1953 des Entwurfs I noch: "... soweit sie beeinträchtigt." Somit gilt die in den Motiven genannte Folgerung nicht ohne weiteres für die in das BGB aufgenommene Fassung des § 2289.

Gleichwohl kann als entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung der Beeinträchtigung nur der Zeitpunkt des Todes des Erblassers angesehen werden, und zwar aus mehreren Gründen: Wie bereits gezeigt wurde, läßt der Erbvertrag zu Lebzeiten des Erblassers kein subjektives Recht des vertragsmäßig Bedachten entstehen.⁵⁾ Folglich kann es zu einer Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Bedachten erst kommen, wenn

1) Z.B. durch Rücktritt oder Anfechtung

2) Im Falle des Vorversterbens und bei Ausschlagung

3) So z.B. Endemann III, S. 256

4) Motive V, 332

5) Vgl. S. 12 ff

der Erbvertrag überhaupt Rechtswirkungen hervorruft. Wenn er dies aus irgendeinem Grunde nicht vermag, so ist kein schutzwürdiges Interesse mehr vorhanden, um dessentwillen die Unwirksamkeit der Verfügung gerechtfertigt wäre.¹⁾ Erst im Zeitpunkt des Erbfalls hat es Sinn, über die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen zu entscheiden. Bis dahin nämlich ist ungewiß, ob die formell wirksame Verfügung auch Rechtswirkungen äußern wird. Deshalb ist es z.B. gleichgültig, ob der Bedachte zur Zeit der Errichtung der Verfügung lebt, wichtig ist nur, daß er zur Zeit des Erbfalls lebt.²⁾ Ebenso beurteilt sich die Wirksamkeit eines Vermächtnisses danach, ob der vermachte Gegenstand "im Zeitpunkt des Erbfalls zur Erbschaft gehört."³⁾ Ein ähnlicher Zustand der Ungewißheit besteht bei schuldrechtlichen Verträgen bei einem Auseinanderfallen von Vertragsschluß und Fälligkeit. Hier kommt es z.B. für die Frage, ob der Vertrag nach § 306 wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig ist, auf den Zeitpunkt der Fälligkeit an. Ist das zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende Hindernis bei Fälligkeit der Leistung wieder beseitigt, so ist - und dies kann im voraus nicht entschieden werden - der Vertrag wirksam.⁴⁾

1) Vgl. von Lübtow I, 421; Planck-Greif, § 2289, 3a; Staudinger-Herzfelder, § 2289, Rdz. 1; Soergel-Wolf, § 2289, Rdz. 7; Erman-Hense, § 2289, Rdz. 3; RGRK-Kregel, § 2289, Rdz. 3

2) § 1923 I

3) § 2169 I

4) Vgl. Erman-Battes, § 306, Rdz. 5; RGRK-Wilde, § 306, Rdz. 2; Keuck, a.a.O., 16 ff (23); Krückmann, AcP 101, 1 ff (125, 282)

Nach der entgegengesetzten Ansicht ist maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit der Zweitverfügung deren Errichtungszeitpunkt. Damit wäre im Fall eines Rücktrittrechts des Erblassers die Wirksamkeit der Zweitverfügung häufig von Zufälligkeiten abhängig. Da nämlich der Rücktritt nur ex nunc wirkt,¹⁾ hinge die Wirksamkeit der einseitigen Verfügung des Erblassers davon ab, ob sie vor oder nach Erklärung des Rücktritts errichtet wurde; dieses Ergebnis wäre nicht zu rechtfertigen. Muß somit der Erbfall als der für die Frage der Beeinträchtigung entscheidende Zeitpunkt angesehen werden, so folgt daraus, daß eine spätere beeinträchtigende Verfügung wirksam bleibt, wenn der Erbvertrag hinfällig wird.

Problematisch ist jedoch, ob die letztwillige Verfügung auch gegenüber demjenigen Bedachten noch Rechtswirkungen entfaltet, der die Erbschaft ausschlägt. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden.

¹⁾Vgl. Dittmann-Reimann-Bengel, § 2293, Rdz 10

(2) Der erneute Anfall der Erbschaft an
den Ausschlagenden

Im Fall der Ausschlagung wird der Erbvertrag, anders als bei einer Anfechtung oder einem Rücktritt, nicht unwirksam; vielmehr wird er infolge der Ausschlagung hinsichtlich des Ausschlagenden gegenstandslos, ebenso wie beim Vorversterben des Bedachten.

Somit wäre es denkbar, daß die beeinträchtigende Verfügung zwar wirksam wird, jedoch nicht gegenüber dem Ausschlagenden.

War dieser z.B. durch den Erbvertrag zum Alleinerben berufen, aber mit einem hohen Geldvermächtnis belastet und wird in einem späteren Testament der Vermächtnisnehmer zu einem Bruchteil als Miterbe berufen, so wäre es möglich, daß im Fall der Ausschlagung zwar diese Erbeinsetzung wirksam, jedoch der Ausschlagende gemäß § 1953 als Erbe weggefallen wäre. Nach dieser Vorschrift wird der Ausschlagende so behandelt, als hätte er zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt; folglich könnte ihm die Erbschaft nicht kraft der einseitigen Verfügung erneut anfallen. Etwas anderes müßte aber dann gelten, wenn hier Annahme und Ausschlagung trennbar wären, also der Bedachte die Zuwendung aus dem Vertrag ausschlagen und aus dem Testament annehmen könnte.

(3) Die Trennbarkeit von Annahme und Ausschlagung gemäß § 1948 Abs. 2

Die Möglichkeit, über Annahme und Ausschlagung unterschiedlich zu entscheiden, könnte sich aus § 1948 II ergeben. Nach dieser

Vorschrift kann der durch Testament und Erbvertrag Berufene die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrund annehmen und aus dem anderen ausschlagen.¹⁾ Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie nur die in Absatz 1 des § 1953 enthaltene Wirkung eintreten läßt, daß also der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Die Erbschaft fällt jedoch nicht - der Rechtsfolge des Absatzes 2 entsprechend - an denjenigen, der berufen wäre, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Die in § 1953 enthaltene Ausschlagungswirkung wird durch § 1948 II vielmehr insoweit eingeschränkt, als dem mehrfach berufenen Erben die Erbschaft erneut anfallen kann, wenn er sie nur aus dem einen Berufungsgrund ausgeschlagen hat.²⁾

Nahezu sämtliche Kommentierungen zu § 1948 II³⁾ gehen allerdings von der Vorstellung aus, daß die Vorschrift nur die gleichzeitige Berufung durch Testament und Erbvertrag erfasse,⁴⁾ während

1) Vgl. S. 34; während jedoch dort beide Verfügungen nebeneinander Bestand haben konnten, ist hier die spätere Verfügung erst nach der Ausschlagung des vertragsmäßig Zugewandten wirksam.

2) So auch Holzhauer, a.a.O., S. 91

3) Vgl. Soergel-Schippel, § 1948, Rdz. 5; RGRK-Johannsen, § 1948, Rdz. 10; Staudinger-Lehmann, § 1948, Rdz. 5; Planck-Greif, § 1948, 1b; ferner Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 8, VI, 2b; widersprüchlich Palandt-Edenhofer, § 1948, 3

4) Ein Fall, der zwar denkbar ist, in der Praxis aber wohl nur selten vorkommen wird: Der Erblasser hat z.B. eine Person durch Testament zum Erben berufen, später schließt er mit ihr einen Erbvertrag gleichen Inhalts. Das Testament wird durch den Erbvertrag nicht aufgehoben, da es das Recht des Bedachten nicht beeinträchtigt, § 2289 I 1.

das beeinträchtigende Testament erst nach Ausschlagung des vertragsmäßig Angefallenen wirksam werde, die Berufungsgründe also - wie bei § 1948 I - sukzessiv wirkten.

Für eine solche Annahme ist jedoch kein Grund ersichtlich. Der Wortlaut des § 1948 II zwingt nicht zu einer einschränkenden Auslegung, sondern läßt sowohl die eine als auch die andere Möglichkeit zu. Den Motiven zufolge ist eher der Schluß angebracht, daß der Gesetzgeber bei § 1948 II in erster Linie eine sukzessive Berufung durch Testament und Erbvertrag im Auge hatte.¹⁾

Es heißt dort:

"Ist der Erbe durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung als Erbe auf die ganze Erbschaft oder zu einem Bruchtheile eingesetzt, so soll er die Berufung aus dem einen Grunde annehmen, aus dem anderen ausschlagen können (Abs. 2). Beide Verfügungen von Todes wegen haben nach dem Entwurfe nebeneinander Bestand, nur entbehrt nach dem § 1953 das Testament insoweit der Wirksamkeit, als es die Rechte des Vertragserben beeinträchtigt. Wegen dieser nur relativen Unwirksamkeit des Testaments wird dem Vertragserben, welchem die Erbschaft aus beiden Gründen anfällt, eine Art Wahlrecht eingeräumt; der Erbe soll durch Aufgeben seiner Rechte aus dem einen Anfallsgrunde seine Rechte aus dem anderen Anfallsgrunde nicht verlieren."

Wenn dem Bedachten gerade für den Fall der Unwirksamkeit des Testaments wegen Beeinträchtigung seiner vertragsmäßigen Rechtsstellung ein Wahlrecht zugebilligt wird, so zeigt sich, daß für die unterschiedliche

1) Motive V, 509

Möglichkeit von Annahme und Ausschlagung nach § 1948 II nicht die gleichzeitige Wirksamkeit beider Verfügungen Voraussetzung ist, sondern daß es nur darauf ankommt, daß der Erblasser den Bedachten sowohl in einem Testament als auch in einem Erbvertrag als Erbe eingesetzt hat.¹⁾ Es muß daher davon ausgegangen werden, daß bei einer Mehrheit von Berufungsgründen, unabhängig davon, ob diese gleichzeitig oder sukzessiv wirksam sind, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1948 stets getrennt werden können.

Fraglich ist allerdings, ob der Bedachte durch die Ausschlagung der vertraglichen Zuwendung auch dann noch in den Genuß der von ihm gewünschten, aber beeinträchtigenden testamentarischen Zuwendung kommen kann, wenn der Erblasser eine Ersatzerbschaft angeordnet hatte.

Siebert ist der Meinung, in diesem Fall helfe dem Bedachten die Ausschlagung nicht.²⁾

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Ersatzberufung vor allem die Aufgabe erfüllt, den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge zu verhindern. Ersatzerbe ist nämlich der Erbe, der vom Erblasser für den Fall eingesetzt ist, daß ein anderer Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, also nicht Erbe sein kann oder sein will. Deshalb kommt nach § 1948 I der Bedachte, der zu den gesetzlichen Erben gehört, im Fall der Ausschlagung nicht zum Zuge, wenn der Erblasser

1) Es genügt also, daß zwei formell wirksame Verfügungen bestehen.

2) Siebert, a.a. O., S. 263

einen Ersatzerben bestimmt hat. Anders ist die Rechtslage jedoch bei § 1948 II. Ist jemand in einem Erbvertrag und einem Testament als Erbe eingesetzt, sei es gleichzeitig, sei es sukzessiv, so gehört er auch nach der Ausschlagung des aus dem einen Berufungsgrund Zugewendeten wegen der wirksamen zweiten Verfügung von Todes wegen zu den gewillkürt berufenen Erben. Nimmt er die Erbschaft aus diesem zweiten Berufungsgrund an, so liegt ein Wegfall i.S.d. § 2096, der die Ersatzerbfolge eintreten ließe, nicht vor.

Die Möglichkeit, einer beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen durch Ausschlagung des vertraglich Zugewendeten Wirkung zu verleihen, kann allerdings nur dann in Betracht kommen, wenn die Verfügung ausschließlich das Recht des Ausschlagenden beeinträchtigt. Greift sie dagegen zugleich in die Rechtsposition eines anderen vertragsmäßig Bedachten ein, so bleibt es bei der Rechtsfolge des § 2289 I 2; die Zweitverfügung ist unwirksam. Hat z.B. der Erblasser den A vertragsmäßig als Vorerben, den B als Nacherben eingesetzt und verfügt er daraufhin, daß A Vollerbe zu einem Bruchteil sein soll, so ist die Zweitverfügung unwirksam, auch wenn A die Erbschaft aus dem vertraglichen Berufungsgrund ausschlägt.¹⁾

Das gleiche könnte man auch im Hinblick auf den Ersatzerben annehmen. Wird nämlich die Rechtsposition des Vertragserben durch eine spätere Verfügung des Erblassers verändert,

¹⁾ Anders natürlich, wenn auch B ausschlägt

so ist damit in gleicher Weise eine Veränderung des Rechts des Ersatzerben verbunden. Da jedoch der für die Beurteilung der Wirksamkeit der Verfügung maßgebliche Zeitpunkt der Erbfall ist, die Berufung des Ersatzerben aber mit der Annahme der Erbschaft durch den Erben hinfällig wird, ist eine Beeinträchtigung des Ersatzerben nicht gegeben. Die Auffassung, nach der der Erbe bei angeordneter Ersatzerbschaft nur eine der beeinträchtigten Verfügung entsprechende Rechtsstellung erlangen könne, ist somit abzulehnen.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Bedachte, unabhängig davon, ob die spätere Verfügung sein "Recht" beeinträchtigt oder nicht, stets durch Ausschlagung der vertragsmäßigen Zuwendung in den Genuß der testamentarischen Rechtsstellung kommen. Dadurch, daß der Bedachte auch der beeinträchtigenden Verfügung nach Belieben zur Wirkung verhehlen kann, verliert das Problem der "Beeinträchtigung" weitgehend an Bedeutung. Es fragt sich, ob es dann nicht gerechtfertigt ist, jede vom Inhalt des Erbvertrags abweichende Regelung als "Beeinträchtigung" anzusehen.

Wenn eine solche Ansicht aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus zu begrüßen wäre, so kommt doch in der Regelung des § 1948 II, die den gleichzeitigen Bestand von Erbvertrag und Testament vorsieht, ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck. Dieser Vorschrift läßt sich die Wertung

entnehmen, daß dem Bedachten eine gegenüber dem Vertragsinhalt erweiterte Rechtsstellung von selbst anfallen soll, also ohne daß er die vertragsmäßige Zuwendung ausschlägt; der letzte Wille des Erblassers soll für diesen Fall grundsätzlich zur Geltung kommen. Hätte der Gesetzgeber etwas anderes gewollt, hätte er in § 2289 I anstelle des Ausdrucks "beeinträchtigen" das Verb "verändern" wählen können.

ee) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich zum Begriff der Beeinträchtigung folgendes feststellen: Jede einseitige Verfügung, die von der erbvertraglichen Regelung abweicht, greift in die Rechtsstellung des vertragsmäßig Bedachten ein und ist daher grundsätzlich gemäß § 2289 I unwirksam. Dies gilt auch dann, wenn die Verfügung dem Bedachten verglichen mit der vertraglichen Regelung wirtschaftliche oder ideelle Vorteile bringt. Da für die Feststellung der Beeinträchtigung jedoch der Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich ist, kann sich der Bedachte die der beeinträchtigenden Verfügung entsprechende Rechtsstellung dadurch verschaffen, daß er die vertragsmäßige Zuwendung ausschlägt und die letztwillige annimmt.

Trotz des Eingriffs in die Rechtsstellung des Bedachten ist eine Beeinträchtigung nicht gegeben, wenn die Verfügung das "Recht" des Bedachten lediglich erweitert. Das ist der Fall,

wenn sie ihm einen weiteren Erbteil oder ein zusätzliches Vermächtnis zuweist. Auch die Erweiterung des Rechts kann dem Bedachten jedoch nicht aufgezwungen werden; ist er nicht mit ihr einverstanden, hat er die Möglichkeit, die letztwillige Zuwendung auszuschlagen.

B. Vorbehalte beim Erbvertrag

Die vorangehenden Ausführungen sollten zeigen, wann eine spätere Verfügung ihrem Inhalt nach das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt. Der Inhalt der letztwilligen Verfügung entscheidet jedoch nicht allein über ihre Wirksamkeit. Es ist nämlich möglich, daß der Erblasser zu Lasten des Vertragserben einen weiteren Erben beruft, ein Vermächtnis, eine Testamentsvollstreckung oder eine Auflage anordnet, ohne daß diese Anordnungen gemäß § 2289 unwirksam wären. Der Grund hierfür ist, daß die Parteien dem Erblasser das Recht vorbehalten können, in bestimmtem Umfang letztwillige Verfügungen zu treffen, die an sich - also ohne diese Ermächtigung - gemäß § 2289 unwirksam wären. Ein solcher Vorbehalt ist streng von dem in den §§ 2293 ff geregelten Rücktrittsvorbehalt zu unterscheiden. Da die "Zulässigkeit" und die Notwendigkeit des im Gesetz nicht erwähnten Vorbehalts abweichender Verfügungen von Todes wegen nur auf dem Hintergrund des Rücktrittsvorbehalts deutlich werden, soll zunächst auf diesen Vorbehalt eingegangen werden.

I. Der Rücktrittsvorbehalt

Der Rücktritt von einer vertragsmäßigen Verfügung kann bei einem entsprechenden Vorbehalt gemäß § 2296 nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil erfolgen. Der oben erwähnte, gesetzlich nicht geregelte Vorbehalt abweichender Verfügungen berechtigt

den Erblasser hingegen dazu, gleichsam hinter dem Rücken des Vertragspartners durch Testament eine von dem Vertrag abweichende Regelung zu treffen. Dieser Unterschied ist nicht nur formeller Art, sondern ihm kommt auch wesentliche praktische Bedeutung zu; denn mancher Erblasser, der von einem Widerruf durch Testament Gebrauch gemacht hätte, wird sich scheuen, dem anderen die Aufhebung offen zu erklären. Hinzu kommt, daß der Rücktritt beurkundet werden muß und Kosten verursacht, so daß der Ausübung dieses Rechts eine weitaus gewissenhaftere Überlegung voranzugehen pflegt.

Der Rücktrittsvorbehalt kann die Aufhebung einzelner Verfügungen sowie des ganzen Erbvertrags zum Gegenstand haben. Dabei ist die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, sondern kann von den Parteien in die Willkür des Erblassers gestellt werden.¹⁾ Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Erblasser die Gründe angibt, die ihn zur Ausübung seines Rücktrittsrechts bewogen haben.²⁾

1) Von Lübtow I, 460; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2293, Rdz. 7; Küster, JZ 58, 394; Planck-Greiff, § 2293, 1; Schiffner, a.a.O., 185; RGRK-Kregel, § 2293, Rdz. 1; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, IV, 4; Motive V, 343

2) Dies folgt aus einem Umkehrschluß aus § 2297 S. 2, der § 2336 nur im Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts aus § 2294 für entsprechend anwendbar erklärt.

Unter Berufung auf die Möglichkeit des Erblassers, die unter Rücktrittsvorbehalt stehenden Verfügungen bei Beachtung der Formvorschrift des § 2296 willkürlich abzuändern, wird von manchen Autoren die Vertragsmäßigkeit solcher Verfügungen verneint.¹⁾

Ihrer Ansicht nach sind die vom Vorbehalt erfaßten Verfügungen wie einseitige zu behandeln, ihnen fehle die Bindung.

Andere weisen demgegenüber darauf hin, daß auch bei schuldrechtlichen Verträgen gemäß § 346 entsprechende Vorbehalte zulässig seien, ohne daß dadurch die Bindung des Schuldners beseitigt werde.²⁾ Zum Teil wird, obwohl man ihre Bindung verneint, die Vertragsmäßigkeit dieser Verfügungen nur deshalb bejaht, weil das Gesetz auch diese Verfügungen als Erbvertrag ansehe.³⁾ In der Tat wurde die Zulässigkeit des Rücktrittsvorbehalts gerade deshalb ausdrücklich in § 2293 ausgesprochen, um dem Zweifel vorzubeugen, ob er mit der Eigenschaft des Erbvertrags als eines Vertrages vereinbar sei und der Erbvertrag nicht durch

1) So z.B. von Kipp-Coing, Erbrecht, S. 260: "Das ganze ist höchst kompliziert: Erbvertrag - also Bindung; Rücktrittsvorbehalt - also keine Bindung..!"; ferner von Schiffner, a.a.O., S. 639; Endemann III, § 57, 6

2) Staudinger-Dittmann, § 2293, Rdz. 3; von Lübtow I, 459; Planck-Greifff, § 2293, 1

3) So Leonhard, § 2293, III

einen solchen Vorbehalt den Charakter eines Testaments annehme. So heißt es z.B. in den Motiven¹⁾ für den Fall, daß das Rücktrittsrecht nur hinsichtlich einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung vorbehalten ist:

"Im Zweifel wird die Auslegung gerechtfertigt sein, daß die Verfügung den Charakter einer letztwilligen mit dem Vertrag äußerlich verbundenen Zuwendung haben soll."

Auf den ersten Blick mag es den Anschein haben, als sei diese Frage nur von untergeordneter Bedeutung. Entscheidend sei, daß die vom Erblasser getroffene Regelung wirksam ist, sei es nun als vertragsmäßige, sei es als einseitige, als Erbvertrag oder als Testament.

Hierbei würde aber übersehen, daß für die vertragsmäßige Verfügung, und zwar auch für die unter einem Vorbehalt stehende, andere Rechtsfolgen gelten als für die einseitige Verfügung. So hat z.B. in einem gegenseitigen Erbvertrag gemäß § 2298 nur die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge. Im Falle einer beeinträchtigenden Schenkung durch den Erblasser hat nur der vertragsmäßig Bedachte einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten, §§ 2287, 2288. Hat sich der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der unter Vorbehalt

¹⁾ Motive V, 342, 343

stehenden vertragsmäßigen Verfügung geirrt, so kann er die Verfügung nur in der Form und Frist der §§ 2282, 2283 durch Anfechtung beseitigen; da die Verfügung ein "Recht" i.S.d. § 2289 begründet, ist dem Erblasser der freie Widerruf der Verfügung nicht möglich.

Auf die Frage, ob nun die unter einem Rücktrittsvorbehalt stehende Verfügung als vertragsmäßig bindende angesehen werden kann, läßt sich folgendes sagen: Zwar ist die Rechtsposition eines in dieser Weise Bedachten nicht erheblich besser gesichert als die eines nur einseitig Begünstigten, dennoch verbietet sich die Gleichstellung jener Verfügung mit einer nur einseitig getroffenen Anordnung. Der entscheidende Grund für die Vertragsmäßigkeit der vom Rücktrittsvorbehalt erfaßten Verfügungen liegt nämlich nicht in einer gesetzlichen Fiktion, sondern darin, daß es sich bei solchen Verfügungen ebenfalls um bindende im richtig verstandenen Sinn handelt. Zum einen führt das gesetzliche Erfordernis, dem Vertragspartner den Rücktritt anzuzeigen, zu der bereits erwähnten psychologischen Bindung des Erblassers. Darüber hinaus bewirkt die Verfügung eine echte rechtliche Bindung. Dies versuchen die nachstehenden Ausführungen deutlich zu machen.

Gemäß § 2296 II hat der Rücktritt vom Erbvertrag durch eine notariell beurkundete Erklärung des Erblassers gegenüber dem anderen Vertragsteil zu erfolgen. Trifft der Erblasser bei vereinbartem Rücktrittsvorbehalt eine beeinträchtigende

Verfügung, ohne den Rücktritt formgerecht zu erklären, so ist seine Verfügung nach einhelliger Auffassung unwirksam.¹⁾ Diese Rechtsfolge ist nicht in § 2296 ausgesprochen; sie ergibt sich vielmehr aus § 2289 und zwar auch nach Meinung derjenigen Autoren, die die Bindung der unter Vorbehalt stehenden Verfügung verneinen. Das bedeutet, daß auch diese Autoren ein "Recht" des Bedachten bejahen müssen, da es der Tatbestand des § 2289 voraussetzt.²⁾ Ist aber die Position desjenigen, der unter einem Rücktrittsvorbehalt bedacht ist, als "Recht" anzusehen, so kann die Bindung des Erblassers nicht verneint werden. Denn solange es eine Verfügung gibt, die wegen Beeinträchtigung des "Rechts" des Bedachten unwirksam ist, ist der Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt und damit rechtlich gebunden. Erst wenn der Erbvertrag durch den Rücktritt aufgehoben wird, entfällt das "Recht" des Bedachten i.S.d. § 2289 und zugleich die Bindung des Erblassers.³⁾ Die Rechtslage ist insofern ähnlich der, daß der Erblasser ein Anfechtungsrecht hat und den Erbvertrag jederzeit durch Ausübung dieses Rechts

-
- 1) Für die Ausübung des Rücktrittsrechts muß dem Vertragspartner die Erklärung selbst oder eine Ausfertigung von ihr übermittelt werden. Die Zusendung einer beglaubigten Abschrift genügt nicht; BGHZ 31, 5; 36, 201
 - 2) Wer das "Recht" in Frage stellt, bezweifelt entweder, daß die beeinträchtigende Verfügung unwirksam ist oder, daß die Unwirksamkeit aus § 2289 folgt.
 - 3) Beim einseitigen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt endet die Bindung zudem mit dem Tode des Vertragspartners des Erblassers. Dies ergibt sich aus § 2297, der bestimmt, daß der Erblasser nach dem Tode des anderen Vertragsschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben kann.

vernichten könnte. Die bloße Existenz des Anfechtungsgrundes bewirkt dann gleichfalls nicht, daß der Erblasser einseitig von Todes wegen verfügen kann. Auch hier erlangt der Erblasser seine Testierfreiheit erst nach erfolgter Anfechtung des Erbvertrags wieder. Es kann nach alldem der unter einem Rücktrittsvorbehalt stehenden Verfügung die Bindung nicht abgesprochen werden.

Angesichts der Regelung des § 2291 könnte es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob die soeben vorgenommene Differenzierung zwischen der einseitigen und der vertragsmäßigen, aber unter Rücktrittsvorbehalt stehenden Verfügung auf alle der gemäß § 2278 II vertragsmäßig möglichen Verfügungen zutrifft.

Gemäß § 2291 I kann der Erblasser eine vertragsmäßige Verfügung, die ein Vermächtnis oder eine Auflage zum Gegenstand hat, mit Zustimmung des anderen Vertragsschließenden durch Testament aufheben. Verfügt der Erblasser vertragsmäßig mit Vorbehalt des Rücktritts, so könnte bereits in dem Erbvertrag die in notarieller Form gegebene Zustimmung des anderen Teils zur Aufhebung der Verfügung enthalten sein. Demnach wäre in diesem Fall nichts anderes als der Widerruf durch Testament erforderlich.¹⁾

Zu einem derartigen Verständnis ist jedoch folgendes anzumerken: Zwar kann in der Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts immer

1) So Hellwig, a.a.O., S. 643, 644

auch die Einwilligung des Vertragspartners in eine Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung gesehen werden; es wäre jedoch eine unzulässige Unterstellung, wollte man annehmen, daß derjenige, der seine Zustimmung zum Rücktritt gebe, in gleicher Weise mit dem testamentarischen Widerruf einverstanden sei. Denn gegenüber der Zustimmung i.S.d. § 2291 bietet die Einwilligung zur Aufnahme eines Rücktrittsvorbehalts dem Vertragspartner die bereits genannten Vorteile.¹⁾ Auch unter Rücktrittsvorbehalt stehende Vermächtnisanordnungen und Auflagen können somit den einseitigen Verfügungen nicht gleichgestellt werden.

1) Vgl. S. 65, 66; daneben wird deutlich, daß die Zustimmung des Vertragspartners zur Aufhebung vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflagen i.S.d. § 2291, entgegen einer verbreiteten Ansicht - RGRK-Kregel, § 2291, Rdz. 2; Soergel-Wolf, § 2291, 3; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2291, Rdz. 4 - nur als nachträglich erfolgende Bedeutung haben kann, da andernfalls von vornherein nur eine einseitige Anordnung vorläge.

II. Der Vorbehalt abweichender Verfügungen von Todes wegen

1) Einführung in die Problematik

Vorbehalte abweichender Verfügungen werden zum Teil als Fremdkörper angesehen, die dem mit dem Erbvertrag verfolgten Ziel entgegenlaufen sollen;¹⁾ auch findet sich in der Praxis in Erbverträgen nur selten ein ausdrücklicher Vorbehalt. So sieht beispielsweise keiner der in den einschlägigen Formularkommentaren enthaltenen Mustererbverträge einen derartigen Vorbehalt vor.²⁾ Zwar bleibt ihre Möglichkeit nicht unerwähnt; gleichzeitig wird jedoch auf die bestehende Rechtsunsicherheit bezüglich dieses Instituts hingewiesen und bis zu einer weiteren Klärung der Problematik nur zu einer vorsichtigen Anwendung des Vorbehalts geraten.³⁾

1) So z.B. von Siebert, a.a.O., S. 245 und Harrer, LZ 24, 11 ff

2) Vgl. z.B. Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, VIII, Erbrecht; Wurm-Wagner-Zartmann, Das Rechtsformularbuch, Muster 73 a u. b; Nath-Schilling, Formularbuch für Verträge, S. 258; Hardrath-Prausnitz, Formular-Kommentar, S. 416 ff; Kersten-Bühling-Appell, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Muster 860 ff, erwähnt wird nur der Rücktrittsvorbehalt; einen Vorbehalt anderweitiger Verfügungen enthalten nur der Mustererbvertrag von Kipp-Coing, Erbrecht, § 37, II, 3 und Dittmann-Reimann-Bengel, Anhang A, Muster 32

3) So z.B. von Hardraht und Prausnitz, Formular-Kommentar, S. 422

Auf Grund der langen Zeitspanne, die zwischen Vertragsschluß und Eintritt des Erbfalls liegen kann, läßt sich ein Bedürfnis für den Erblasser zur Aufnahme von Vorbehalten in den Erbvertrag kaum leugnen. Die Verhältnisse, die der Erblasser bei Abschluß des Erbvertrags vorfindet, können sich im Laufe seines weiteren Lebens wesentlich ändern. Während der Erblasser beim Testament die Möglichkeit hat, seine Verfügungen von Todes wegen jederzeit den geänderten Umständen anzupassen, muß er im Falle einer erbvertraglichen Bindung von vornherein größtmögliche Vorsorge im Hinblick auf unerwartete Ereignisse treffen.¹⁾

Zwar steht ihm hinsichtlich der vertragsmäßigen Verfügungen ein sehr weitgehendes Anfechtungsrecht zu, doch bedarf seine Erklärung ebenso wie beim vorbehaltenen

1) Zwar soll nach Staudinger-Dittmann, § 2271, Rdz. 33 dem überlebenden Ehegatten im Fall eines gemeinschaftlichen Testaments erlaubt sein, den durch eine wechselbezügliche Verfügung eingesetzten Erben nachträglich mit einem Vermächtnis zu beschweren, wenn damit "in angemessenem Rahmen" eine "sittliche, nach gesundem Rechtsempfinden selbstverständliche oder gebotene Pflicht erfüllt werden soll" oder "verhältnismäßig geringfügige Zuwendungen für persönliche Dienste in der Zeit nach dem Tod des Erstversterbenden" angeordnet werden, die "den Gefühlen der Dankbarkeit und Billigkeit...entsprechen und als Anstandspflicht empfunden werden." Der BGH hat jedoch zu Recht die Möglichkeit einer solchen Durchbrechung der Bindung abgelehnt; vgl. BGH NJW 78, 423

Rücktrittsrecht der notariellen Beurkundung.¹⁾
Auch kann der Erblasser ohne Wissen des Vertragspartners den Inhalt seiner Anordnungen nicht ändern; denn die Anfechtung ist dem anderen Teil gegenüber zu erklären.²⁾ Schließlich ist die Anfechtung fristgebunden; sie muß innerhalb eines Jahres erklärt werden, nachdem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat.³⁾

Möglich ist auch, daß der Erblasser bereit ist, jemanden vertragsmäßig als Erben einzusetzen, dabei gleichzeitig jedoch wünscht, weiterhin über bestimmte Gegenstände oder eine gewisse Geldsumme frei von Todes wegen verfügen zu können; sei es, um Personen ein Geschenk zu machen, die ihm künftig nahe stehen, oder um über den Vertragserben einen bestimmenden Einfluß zu behalten.

Solche Vorbehalte kannte bereits das gemeine Recht.⁴⁾ Nach der älteren gemeinrechtlichen Theorie wurde sogar die "donatio omnium bonorum" nur dann für zulässig erachtet, wenn wenigstens ein Teil davon dem Schenker zur freien Verfügung vorbehalten war.⁵⁾

1) § 2282 III

2) § 143 II, ebenso der Rücktritt, § 2296 II

3) § 2283

4) Vgl. Beseler II 1, S. 286 ff m.w.N.

5) S. Fn. 4

Auch bei den Erbverbrüderungen legte man auf solche Vorbehalte Wert, was dazu führte, daß das österreichische Gesetzbuch und auch das Allgemeine Preußische Landrecht Bestimmungen aufnahmen, nach denen der Erblasser gesetzlich freigestellt wurde, trotz des Erbvertrags über einen Teil seines Vermögens zu testieren.¹⁾

1) Vgl. das österreichische ABGB von 1812, § 1253: "Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte auf das Recht, zu testieren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Vierttheil, worauf weder der gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freyen letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfügt; so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern dem gesetzlichen Erben zu."

ALR Th. I, Tit. 12, § 627:

"Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht statt."
§ 626: "Doch kann der Erblasser Vermächtnisse bis auf den Zwanzigsten Theil seines Nachlasses errichten, wenn er nicht auch dieser Befugnis sich im Verträge ausdrücklich begeben hat."

In welchem Umfang sich der Erblasser solcher Vorbehalte bedienen kann, ist noch nicht geklärt. Die Motive zum BGB äußern sich hierzu wie folgt:¹⁾

"Dem vertragsmäßigen Vorbehalt nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, besteht kein Anlaß. Es würde damit ohne Grund die Vertragsfreiheit eingeengt werden. Jeder Vorbehalt muß zulässig sein, sofern er nur nicht den Vertrag selbst inhaltslos macht. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen und bedarf daher keines besonderen Ausdrucks."

Mit ähnlichen Formulierungen wird in Rechtsprechung und Literatur auf die Möglichkeit und Grenzen erbvertraglicher Vorbehalte hingewiesen. So heißt es etwa, der Vorbehalt sei grundsätzlich "zulässig", er könne jedoch "nicht so weit gehen, daß damit der Erbvertrag seines eigentlichen Wesens entkleidet" werde;²⁾ der Erbvertrag müsse "einen Inhalt behalten."³⁾ Oder: "Vorbehalte, die über einen gewissen Rahmen" hinausgingen, würden "dem Wesen eines Erbvertrags in unzulässiger Weise widersprechen."⁴⁾ Oder: Vorbehalte seien nur "zulässig", soweit dadurch nicht die Vertragsbindung überhaupt ihren Inhalt verliere.⁵⁾

1) Motive V, 332

2) Erman-Hense, § 2289, Rdz. 6; Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, § 25, 46; BGH NJW 58, 498

3) BGH NJW 58, 498

4) OLGZ 66, 70; ähnlich auch Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 22: "Die einzige Schranke des Vorbehalts ist das Wesen des Erbvertrags und der vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen."

5) Von der "Zulässigkeit" des Vorbehalts sprechen auch Lange-Kuchinke, Erbrecht, S. 408, Fn. 4; Coing, NJW 58, 691; BayObLGZ 61, 207 ff; von Lübtow I, S. 426 ff

Zum Teil wird auch hervorgehoben, daß der Vorbehalt nicht dazu führen dürfe, dem Erblasser den Rücktritt von dem Erbvertrag unter Umgehung der Bestimmungen der §§ 2293 ff zu ermöglichen. ¹⁾

Diesen Ausführungen ist zwar zu entnehmen, daß Vorbehalte, die sich in einem bestimmten Rahmen halten, grundsätzlich wirksam sind. Sie lassen jedoch genaue Angaben darüber vermissen, welche Folge ein Vorbehalt hätte, der den Erbvertrag "seines Wesens entkleidet" oder "inhaltslos" macht.

Zur Unklarheit trägt weiterhin bei, daß den zitierten Formulierungen - anscheinend unbewußt - ²⁾ ein unterschiedlicher Sinn beigegeben wird. Einige Autoren beziehen ihre Äußerungen nämlich auf den Inhalt einer einzelnen in einem Erbvertrag enthaltenen ver-tragsmäßigen Verfügung; ³⁾ demgemäß sehen sie das Problem darin, in welchem Umfang sich der Erblasser die Änderung dieser Verfügung vorbe-halten kann, ob der Vorbehalt nur Einschrän-kungen des vertragsmäßigen Rechts zum Gegen-stand haben kann oder sogar die ersatzlose Streichung der Verfügung.

¹⁾ BGHZ 26, 204 ff (208); Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, § 25, 4b

²⁾ Jedenfalls wird der Unterschied in der Betrachtungsweise nirgends hervorgehoben

³⁾ V. Lübtow I, S. 427; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 22; OLGZ 66, 68 ff; wohl auch BGH NJW 58, 498

Andere dagegen sprechen von den Schranken oder Grenzen des Vorbehalts, wobei es ihnen jedoch um die Frage geht, ob der Vorbehalt sämtliche vertragsmäßigen Verfügungen erfassen darf oder ob wenigstens eine vorbehaltslose Verfügung in dem Erbvertrag übrig bleiben muß. ¹⁾

Hierzu wird im folgenden Stellung zu nehmen sein. Dabei soll zunächst untersucht werden, welche Wirkung es hätte, wenn der einer einzelnen Anordnung beigefügte Vorbehalt unbeschränkt, dem Erblasser also die beliebige Abänderung der Verfügung möglich wäre. Sodann ist die Wirkung des - bezogen auf die einzelne Verfügung - beschränkten Vorbehalts aufzuzeigen. Das Ergebnis schließlich könnte Schlüsse auf die zweite These zulassen, derzufolge in einem Erbvertrag wenigstens eine vorbehaltslose vertragsmäßige Verfügung enthalten sein muß.

¹⁾ Brox, Erbrecht, § 14, Rdz. 160; Erman-Hense, § 2289, Rdz. 6; Siebert, a.a.O., S. 240, Nr. 4a; S. 245, Nr. 6; S. 247, III, 1

2) Die Wirkung des einer einzelnen Anordnung
hinzugefügten unbeschränkten Vorbehalts

In der Praxis ist über die Wirksamkeit eines solchen Vorbehalts - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden worden. In seinem bereits mehrfach zitierten Urteil hat der BGH lediglich beiläufig erwähnt, daß der Erblasser sich nicht hätte das Recht vorbehalten können, seine vertragsmäßige Verfügung durch eine andere zu ersetzen, die für den Bedachten wirtschaftlich günstiger gewesen wäre.¹⁾ Das Gericht hat offengelassen, welche Rechtsfolge hätte gelten sollen, ob z.B. nur der Vorbehalt oder die ganze Verfügung unwirksam sei. Nach seinen Feststellungen war ein solcher Vorbehalt in dem zu entscheidenden Fall nicht vereinbart worden.

In einer Rezension dieser Entscheidung hat sich Küster für die größtmögliche Zulassung jeglichen Vorbehalts ausgesprochen, soweit dieser noch eine sinnvolle Funktion haben könne.²⁾ Er meint, es könne sogar der Vorbehalt, eine Erbeinsetzung ersatzlos aufzuheben, auf sinnvollen Erwägungen beruhen; denn erfahrungsgemäß seien viele Erbanwärter bereits dann zufrieden, wenn sie der Erblasser überhaupt in einer notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen bedenke.

1) BGH NJW 58, 498 ff

2) JZ 58, 394, 395

Es braucht hier nicht darauf eingegangen zu werden, ob diese These richtig ist. Wenn Küster nämlich für die Ausübung des Vorbehalts nicht die Form des Testaments genügen lassen will, sondern die notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner verlangt, so kann er seine Forderung bereits in der bestehenden gesetzlichen Regelung verwirklicht finden. Gemäß § 2293 ist die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts nämlich in unbeschränktem Maß möglich.¹⁾ Problematisch ist aber gerade die von Küster aufgeworfene Frage, ob die einzelne vertragsmäßige Verfügung auch dann unter den Vorbehalt einseitiger Abänderung gestellt werden kann, wenn der Erblasser für die Abänderung nach dem Parteiwillen nicht an die Formvorschrift des § 2296 gebunden sein soll. Diese Art Vorbehalt jedenfalls haben die Motive im Auge.²⁾

Für die Nichtigkeit des Vorbehalts hat sich lediglich von Lübtow ausgesprochen. Er meint, daß der allgemeine Vorbehalt, eine vertragsmäßige Verfügung durch eine letztwillige beliebig zu ersetzen, zu unbestimmt und deshalb nichtig sei.³⁾ Nach Brox ist der Unterschied zwischen der einseitigen und der vertragsmäßigen, aber unter Vorbehalt stehenden

1) Aber auch beschränkt auf einzelne Verfügungen, vgl. Wortlaut des § 2295; ferner Palandt-Edenhofer, § 2293, 2; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2293, Rdz. 7; RGRK-Kregel, § 2293, Rdz. 1

2) Vgl. einerseits Motive V, 332 betreffend den Vorbehalt anderweitiger Verfügungen von Todes wegen, andererseits S. 342, 343 den Rücktrittsvorbehalt betreffend

3) Von Lübtow I, 427

Verfügung nur terminologischer Art. 1)

Hierzu ist folgendes zu sagen:

Hat sich der Erblasser bei einer in die Vertragsurkunde aufgenommenen Verfügung vorbehalten, diese willkürlich aufzuheben oder durch eine spätere Verfügung beliebig zu ersetzen, so hat er überhaupt nicht den Willen, sich in irgendeiner Weise an seine Anordnung zu binden.¹⁾ Da jede nachträgliche Verfügung wirksam sein soll, fehlt es von vornherein an einer gesicherten Rechtsstellung, an einem Recht des Bedachten i.S.d. § 2289, das beeinträchtigt werden könnte. Zur Annahme einer vertragsmäßigen Verfügung kann man daher erst gar nicht gelangen.

Das gegenteilige Ergebnis kann auch nicht mit der Argumentation gestützt werden, daß der Erblasser, solange er von dem Vorbehalt keinen Gebrauch mache, gebunden sei und allen Beschränkungen unterliege, die der Abschluß des Erbvertrags mit sich bringe.²⁾ Denn die rechtliche Qualifizierung einer Verfügung von Todes wegen als vertragsmäßige ist nicht möglich ohne die Feststellung, daß sich der Erblasser binden wollte.

Selbst für den angesichts der Formbedürftigkeit ganz unwahrscheinlichen Fall, daß die unter einem allgemeinen Widerrufsvorbehalt stehende Verfügung als vertragsmäßig bezeichnet worden ist, kann der Erblasser nur als Folge eines

1) Brox, Erbrecht, Rdx. 160

2) Dittmann-Reimann-Bengel, § 2293, Rdx. 4

3) So aber Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 4

entsprechenden, tatsächlich festgestellten Willens für gebunden erklärt werden.¹⁾ Ist die Verfügung von Todes wegen infolge der Bezeichnung als vertragsmäßig einerseits und des allgemeinen Widerrufsvorbehalts andererseits so widersprüchlich, daß eine Auslegung zu keinem Ergebnis führt,²⁾ so wäre zwar nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen die Nichtigkeit der ganzen Erklärung die Folge.³⁾ Da aber feststeht, daß der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen treffen wollte und nur Zweifel daran bestehen, ob er sich binden wollte, ist nach Sinn und Zweck der Auslegungsregel eine entsprechende Anwendung des § 2084 geboten. Diese Vorschrift enthält nämlich nur einen unvollkommenen Ausdruck des gesetzgeberischen Grundgedankens, dem Willen des Erblassers soweit wie möglich Geltung zu verschaffen. Die Verwirklichung seines Willens soll nicht daran scheitern, daß es nach dem Erbfall nicht mehr möglich

1) Dafür, daß die Bezeichnung der Verfügung als "vertragsmäßig" oder "einseitig" nicht allein für ihre Qualifizierung maßgebend ist, auch Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 22, sowie OLG Düsseldorf, OLGZ 66, 69; vgl. auch A.L.R., Th. I, Tit. 12, § 635: "Haben beide Theile sich die Befugnis von dem Erbvertrage nach Gutdünken abzugeben vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen." Ferner Brox, Erbrecht, § 14, Rdz. 150

2) Medicus, § 6, III spricht in einem solchen Fall von einer "perplexen" Willenserklärung.

3) Vgl. BGH LM § 155, Nr. 2; Medicus, § 6, III, Rdz. 133; unzutreffend ist dagegen die Ansicht, daß die völlig widersinnige Erklärung nicht auslegungsfähig sei, so Palandt-Heinrichs, § 133, 3 unter Hinweis auf RG JW 10, 801, denn die Beurteilung einer Erklärung als widersinnig ist nur auf Grund einer bereits vorgenommenen Auslegung möglich.

ist, eine Erläuterung des vom Erblasser Erklärten durch ihn selbst herbeizuführen oder das Rechtsgeschäft zu wiederholen.¹⁾

Dabei mag hier dahingestellt bleiben, ob bei der Willenserforschung erbvertraglicher Bestimmungen allein auf den Willen des Erblassers²⁾ oder auf den gemeinsamen Willen der Vertragspartei abzustellen ist.³⁾ Zumindest ist die Vorschrift erweiternd in dem Sinne auszulegen, daß auch bei Zweifeln hinsichtlich der Rechtsnatur der getroffenen Verfügung diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei der die Verfügung Erfolg haben kann. Hat also eine Verfügung neben einem zweifelhaften weiteren einen unzweifelhaften engeren Sinn, so ist sie wenigstens in dieser engeren Bedeutung wirksam.⁴⁾ Daraus folgt, daß eine in einem Erbvertrag enthaltene Verfügung, die unter einem allgemeinen Widerrufsvorbehalt steht, nur eine einseitige ist, und zwar selbst dann, wenn sie als vertragsmäßig bezeichnet wurde. Mangels eines Rechts des Bedachten, das beeinträchtigt werden könnte, ist jede spätere Abänderung ebenso wie der Widerruf der Verfügung wirksam. Der Ansicht von Lübtows, daß der Vorbehalt unwirksam sei,

1) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 33, III; Larenz, AT, § 19, II, d

2) So z.B. Dietz, Erbrecht, S. 85

3) Kipp-Coing, § 21, VII; eine Mittelmeinung will dem Vertragscharakter jedenfalls insofern Rechnung tragen, als es für die Auslegung gemäß § 157 darauf ankommen soll, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung des Erblassers verstehen mußte; so Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, II, 1; Giencke, FamRZ 74, 242

4) Larenz, AT, § 19, II, d; Soergel-Knopp, § 2084, Rdz. 2; Palandt-Edenhofer, § 2084, 3b; BayObLGZ 60, 192 (195); 66, 408 (413)

kann somit nicht gefolgt werden. Richtig ist vielmehr - wie Brox sagt - daß der Unterschied zur einseitigen Verfügung nur terminologischer Art ist.

Da aber die Bezeichnung "vertragsmäßige Verfügung unter dem Vorbehalt der Abänderung" für den Fall des inhaltlich unbeschränkten Vorbehalts einen Widerspruch in sich darstellt - denn die vertragsmäßige Verfügung läßt keine unbeschränkte Abänderung zu - sollte in diesem Fall erst gar nicht von einer unter Vorbehalt stehenden Verfügung gesprochen werden. Besser ist es, dann den Terminus "einseitige Verfügung" zu verwenden.

3) Die Wirkung des einer einzelnen Anordnung hinzugefügten beschränkten Vorbehalts

Eine andere rechtliche Beurteilung müssen solche Vorbehalte erfahren, die den Erblasser nicht zu jeder beliebigen einseitigen Verfügung ermächtigen, sondern ihm nur in beschränktem Umfang gestatten, eine von der erbvertraglichen Regelung abweichende Verfügung zu treffen. Bei Vorbehalten dieser Art kann der Erblasser nur im Rahmen des Vereinbarten einseitig von Todes wegen verfügen.¹⁾ Jede Verfügung, die über die von den Parteien einvernehmlich gesteckten Grenzen hinausgeht, ist gemäß § 2289 I. 2 unwirksam, soweit sie nicht lediglich eine Erweiterung des Rechts des Bedachten zum Gegenstand hat.

¹⁾ Der Erblasser kann das vertragsmäßige Recht nicht "willkürlich verkümmern", Schiffner, a.a.O., S. 137, 138

Unwirksam ist z.B. die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, wenn der Vorbehalt den Erblasser nur zu einer anderweitigen Quotenbestimmung unter den zu gleichen Bruchteilen vertragsmäßig eingesetzten Erben ermächtigte.¹⁾ Die Rechtsfolge des § 2289 I 2 tritt ebenfalls ein, wenn der Erblasser eine Erbeinsetzung vornimmt, obwohl er sich nur die Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen vorbehalten hat.²⁾

Im Gegensatz zu der von einem unbeschränkten Vorbehalt erfaßten Verfügung, die eine geschützte Rechtsposition gar nicht entstehen läßt, erlangt der Bedachte im Falle eines beschränkten Vorbehalts ein "Recht" i.S.d. § 2289 I, das beeinträchtigt werden kann. Der Umfang dieses "Rechts" bestimmt sich nach dem Inhalt der Verfügung und des Vorbehalts. Wenn Brox schlechthin jede vertragsmäßige Verfügung mit Vorbehalt der einseitigen Verfügung gleichstellt,³⁾ so kann dem also nicht gefolgt werden.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß der Vorbehalt, den die Parteien einer einzelnen vertragsmäßigen Anordnung hinzufügen, grundsätzlich wirksam ist, und zwar ungeachtet dessen, ob er beschränkt oder unbeschränkt ist. Wirksam ist auch die Verfügung, auf die

1) So LG Koblenz, JurBüro, 68, 254

2) OLG Düsseldorf, OLGZ 66, 68; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 23; Palandt-Edenhofer, § 2289, 3

3) Vgl. Brox, Erbrecht, Rdz. 160

sich der Vorbehalt bezieht. Im folgenden soll die Rechtslage für den Fall untersucht werden, daß alle in einem Erbvertrag enthaltenen Verfügungen unter einem Vorbehalt stehen. Auch dabei wird wieder zu unterscheiden sein, ob der Vorbehalt - bezogen auf die einzelne Anordnung - beschränkt ist oder nicht.

4) Der Vorbehalt einer Änderung aller in dem Erbvertrag enthaltenen Verfügungen

a) Der Vorbehalt ist - bezogen auf die einzelne Verfügung - beschränkt

Wie unter Punkt 3) gezeigt werden sollte, wird die Vertragsmäßigkeit einer einzelnen Verfügung von Todes wegen durch einen inhaltlich beschränkten Vorbehalt nicht berührt. Dennoch findet sich die Auffassung, daß nicht alle Verfügungen in einem Erbvertrag unter einem solchen Vorbehalt stehen dürften, wenn nicht der Charakter der gesamten Verfügung - des Erbvertrags - davon beeinflußt werden soll. Obwohl auch Siebert die Vertragsmäßigkeit der einzelnen unter einem beschränkten Vorbehalt stehenden Verfügung bejaht, ist er der Meinung, daß bei einer derartigen Verfügung eine Bindung des Erblassers fehle.¹⁾ Da der Erbvertrag aber wenigstens eine bindende Verfügung enthalten

¹⁾ Siebert, a.a.O., S. 240, Nr. 4a; 245, Nr. 6; 247, III, 1; auch nach Bartholomeyczik-Schlüter soll die unter einem Vorbehalt stehende Verfügung zwar vertragsmäßig, nicht jedoch bindend sein, Erbrecht, § 25, 4b

müsse, sei es erforderlich, daß der Erblasser neben der von dem Vorbehalt erfaßten Anordnung wenigstens eine weitere vorbehaltlose vertragsmäßige Verfügung treffe. Dieselbe Auffassung muß dem Kommentar von Erman-Hense entnommen werden. Es heißt dort, daß der Vorbehalt, noch einseitig testieren zu dürfen,¹⁾ dem Erbvertrag die Bindungswirkung nehme und daher für den Fall, daß er alle vertraglichen²⁾ Verfügungen erfasse, kein Erbvertrag gegeben sei.³⁾ In der gleichen Weise äußert sich Brox.⁴⁾ Demgegenüber soll nach Lange-Kuchinke die "Rechtsnatur des Erbvertrags" nicht dadurch "aufgehoben" werden, daß seine sämtlichen vertragsmäßigen Verfügungen unter einem Vorbehalt stehen. Lange-Kuchinke stützen ihre Ausführungen mit dem Hinweis, daß es bei dem ursprünglichen Rechtszustand bleibe, solange der Erblasser von dem Vorbehalt keinen

-
- 1) Da Erman-Hense nicht zwischen beschränktem und unbeschränktem Vorbehalt unterscheidet, wohl aber zwischen der in einem Erbvertrag enthaltenen einseitigen Verfügung und der unter Vorbehalt stehenden vertragsmäßigen, kann nur der beschränkte Vorbehalt gemeint sein.
- 2) Erman-Hense verwendet die Begriffe "vertraglich" und "vertragsmäßig" synonym, vgl. § 2289, Rdz. 1 u. Rdz. 6
- 3) Erman-Hense, § 2289, Rdz. 6
- 4) Brox, Erbrecht, Rdz. 160: "Geht der Vorbehalt so weit, daß er sämtliche Verfügungen umfaßt, so fehlt jegliche Bindungswirkung; dann liegt auch kein Erbvertrag vor. Denn dieser muß mindestens eine vertragsmäßige Verfügung enthalten."

Gebrauch mache.¹⁾ Damit ist die erbvertragliche Bindung jedoch nicht erklärt.²⁾ Dem bereits mehrfach zitierten Urteil des BGH³⁾ muß entnommen werden, daß ein Erbvertrag und nicht nur ein Testament vorliegt, wenn die einzige in einem Erbvertrag enthaltene vertragsmäßige Verfügung unter einem Vorbehalt steht. Zwar betont die Entscheidung, daß trotz des Vorbehalts in dem Erbvertrag weiter eine vertragsmäßige Verfügung enthalten bleiben müsse. Diese Äußerung darf jedoch nicht, wie es zum Teil geschieht,⁴⁾ dahin aufgefaßt werden, daß der Erbvertrag neben der unter Vorbehalt stehenden Verfügung eine weitere vertragsmäßige Verfügung enthalten müsse. Wie die vorangehenden Ausführungen des Gerichts ergeben, ist sie vielmehr so zu verstehen, daß der Vorbehalt inhaltlich in dem Maße beschränkt sein muß, daß die einzelne Verfügung, auf die er sich bezieht, weiter eine vertragsmäßige bleibt. Denn der Senat weist darauf hin, daß der Vorbehalt nicht so weit gehen dürfe, daß der Erbvertrag

1) Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 4

2) Mit dieser Äußerung gibt Lange-Kuchinke den Unterschied zum Rücktrittsvorbehalt preis, vgl. Erbrecht, S. 551

3) NJW 58, 498

4) Vgl. z.B. Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 4

seines eigentlichen Wesens entkleidet werde. Für die Frage, in welchem Umfang eine solche Ermächtigung des Erblassers zulässig sei, sei zu beachten, daß der Erbvertrag, auch wenn der Erblasser von dem Vorbehalt Gebrauch mache, einen Inhalt haben müsse. Zulässig sei es, wenn der Erblasser sich in einem Erbvertrag, durch den er den Vertragspartner zum Alleinerben eingesetzt habe, vorbehalte, dieses Recht zu beschränken und neben dem Vertragserben auch noch eine andere Person zu einem bestimmten Bruchteil als Erben einzusetzen. In diesem Fall sei der Vertragserbe von vornherein nur zu dem geringeren Bruchteil vertraglich als Erbe berufen. Im Gegensatz zu Siebert und Hense verneint der BGH die Vertragsmäßigkeit des vom Vorbehalt erfaßten Teils der Verfügung, sieht die Verfügung aber im übrigen als vertragsmäßig und bindend an.¹⁾

¹⁾ So auch Staudinger-Dittmann, § 2278, Rdz 13

b) Stellungnahme

Der Auffassung des BGH, nach der ein Erbvertrag auch dann vorliegt, wenn die einzige, den gesamten Vertragsinhalt ausmachende Verfügung unter einem beschränkten Vorbehalt steht, ist im Ergebnis zuzustimmen. Nicht klar ersichtlich ist allerdings, wie das Gericht die Aufspaltung der unter Vorbehalt stehenden Verfügung in einen vertragsmäßigen und - für den Bereich des Vorbehalts - letztwilligen Teil verstanden wissen will. Soweit es damit nur zum Ausdruck bringen wollte, daß auch eine solche Verfügung noch bindend ist, lassen sich keine Einwände vorbringen. Auf Bedenken stoßen müßte die Meinung des BGH jedoch dann, wenn er dem Erblasser für den vom Vorbehalt erfaßten Teil der Verfügung allgemein ein freies Widerrufsrecht zusprechen wollte. Nicht in jedem Fall wird es nämlich dem Parteiwillen entsprechen, daß der Erblasser die Rechtsstellung des unter Vorbehalt Bedachten willkürlich verändern kann. Hat sich der Erblasser z.B. gegenüber dem vertragsmäßigen Vollerben vorbehalten, eine namentlich benannte ältere Person als Vorerben einzusetzen, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Vollerbe vertragsmäßig zum Nacherben, jedoch nur einseitig zum Vorerben berufen sei. Denn das hieße, daß der Erblasser jede beliebige Person als Vorerben einsetzen könnte, der Vollerbe also durch die Berufung eines sehr jungen Vorerben nahezu jegliche Erwerbsaussicht verlöre.

Daß die beschriebene Aufspaltung der unter Vorbehalt stehenden Verfügung die Bindung nur unvollkommen zu erklären vermag, zeigen außerdem

die Fälle, in denen eine solche Differenzierung überhaupt nicht möglich ist. Man denke etwa an einen Vorbehalt, der den Erblasser berechtigt, den Vertragserben mit einem Vermächtnis, einer Auflage oder Testamentsvollstreckung zu belasten oder ihm sogar gestattet, die Rechtsstellung des Bedachten völlig umzuwandeln, z.B. vom Bruchteilserben zum Vermächtnisnehmer, vom Vor- oder Nacherben zum Bruchteilserben.

Die Auffassung Sieberts, Henses und Brox¹⁾, nach der es für das Vorliegen eines Erbvertrags wenigstens einer vorbehaltslosen vertragsmäßigen Verfügung bedarf, befriedigt ebenfalls nicht. Die Autoren legen ihren Überlegungen als Ausgangspunkt zugrunde, daß der Bedachte beim Erbvertrag eine durch einseitige Verfügungen nicht mehr beschränkbare Rechtsposition erlange. Gleichzeitig gestatte jedoch der Vorbehalt dem Erblasser, beeinträchtigende Verfügungen vorzunehmen. Somit bedeute dies eine Befreiung des Erblassers von seiner erbvertraglichen Bindung. Ein Erbvertrag ohne Bindung sei aber nicht denkbar.¹⁾

Eine solche Betrachtungsweise wird indes dem Verhältnis von Vertragsmäßigkeit, Bindung und Vorbehalt nicht gerecht. Sie läßt unberücksichtigt, daß der Vorbehalt Teil der vertragsmäßigen Verfügung ist, was zur Folge hat, daß der Vertragspartner die Verfügung nicht isoliert, sondern dergestalt annimmt,

¹⁾ Vgl. S. 87, 88

wie sie sich in Verbindung mit dem Vorbehalt darstellt.¹⁾ Folglich ist auch das Recht des vertragsmäßig Bedachten von vornherein so weit beschränkt, wie die Möglichkeit des Erblassers zu einseitigen Verfügungen reicht.²⁾ Wenn nun der Erblasser aufgrund des Vorbehalts weiter von Todes wegen verfügen kann, so liegt darin keine Durchbrechung der Bindung. Denn erbvertragliche Bindung bedeutet nicht, daß es dem Erblasser überhaupt nicht möglich wäre, von einer vertragsmäßigen Verfügung abzuweichen, sondern lediglich, daß er solche Verfügungen nicht wirksam treffen kann, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden.

Deshalb kann der Erblasser z.B. denjenigen, den er vertragsmäßig zur Hälfte zum Erben eingesetzt hat, durch ein späteres Testament wirksam zu einem größeren Bruchteil berufen. Hat er jemanden unter einen Vorbehalt eingesetzt, so stellt die Ausübung des Vorbehalts ebenfalls keine Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten dar, da der Umfang des Rechts von vornherein durch den Vorbehalt bestimmt wurde. Der Erblasser kann nur keine Verfügungen treffen, die über den Vorbehalt hinausgehen. Sind solche Verfügungen denkbar - und das ist der Fall, wenn der Vorbehalt beschränkt ist - so besteht eine vertragliche Bindung.

Allein die Tatsache, daß es trotz der vertraglichen Regelung noch Verfügungen des Erblassers geben mag, die wirksam sind, besagt also noch

1) Schiffner, a.a.O., S. 141

2) von Lübtow I, 427

nichts über die Bindung. Bindung setzt nämlich nicht voraus, daß der Erblasser keine Verfügung mehr treffen kann, sondern lediglich, daß er nicht jede beliebige Verfügung mehr vornehmen kann.

Die Auffassung Brox', Henses und Sieberts geht also auf ihr Verständnis von erbvertraglicher Bindung zurück; Bindung heißt für sie, daß der Erblasser nicht mehr von Todes wegen verfügen kann.

Siebert und Hense setzen sich in Widerspruch zu ihren eigenen Ausführungen, wenn sie einerseits der unter einem beschränkten Vorbehalt¹⁾ stehenden vertragsmäßigen Verfügung die Bindungswirkung absprechen, andererseits aber jede einseitige Verfügung, die über die Grenzen des Vorbehalts hinausgeht, wegen Beeinträchtigung des "Rechts" des Bedachten als unwirksam erachten. Denn solange überhaupt eine Rechtsposition besteht, die durch Verfügungen von Todes wegen beeinträchtigt werden kann, ist der Erblasser in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt und es besteht somit eine erbvertragliche Bindung. Wenn und soweit aber auch die von einem Vorbehalt erfaßte vertragsmäßige Verfügung bindend ist, liegt ein Erbvertrag selbst dann noch

1) Siebert und Hense meinen stets den beschränkten Vorbehalt, wenn sie von einem Vorbehalt sprechen; im anderen Fall verwenden sie den Terminus "einseitige Verfügung"

vor, wenn sich der Erblasser die Abänderung sämtlicher vertragsmäßiger Anordnungen vorbehalten hat. Der Vorbehalt unterliegt also insoweit keinen Schranken.

c) Der Vorbehalt ist - bezogen auf die
einzelne Verfügung - unbeschränkt

Hat sich der Erblasser in einer als Erbvertrag bezeichneten, notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen vorbehalten, sämtliche Anordnungen abzuändern, und zwar in beliebigem Umfang, so wird allgemein angenommen, es handele sich bei einem solchen Rechtsgeschäft in Wahrheit nur um ein unrichtig bezeichnetes Testament.¹⁾ Dieses Ergebnis muß auch aus der hier vertretenen Ansicht gefolgert werden, derzufolge eine einzelne, unter einem unbeschränkten Vorbehalt stehende Verfügung nur eine einseitige ist. Allerdings stößt es auf folgende Bedenken: Zum einen wirkt bei einer solchen Verfügung, anders als beim Testament, der "Vertragspartner" des Erblassers mit, indem er dessen Erklärungen entgegennimmt. Zum anderen sprechen die Bezeichnung der Verfügung als "Erbvertrag", die notarielle Beurkundung und die Form der Aufbewahrung gegen ein Testament.

Gegen den ersten Einwand läßt sich anführen, daß der andere Vertragsteil beim Erbvertrag in der Regel auch die vom Erblasser nur einseitig getroffenen Verfügungen zur Kenntnis nimmt und akzeptiert. Häufig stehen sie sogar

¹⁾ Vgl. Brox, Erbrecht, Rdz. 150: "Ergibt also die Auslegung, daß keine Verfügung als vertragsmäßige gewollt ist, liegt kein Erbvertrag vor..."; Planck-Greif, § 2299, 2a; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, I, 2 m.w.N.

in einem untrennbaren Zusammenhang mit den vertragsmäßigen Verfügungen.¹⁾ Will z.B. der Erblasser seinen Vertragspartner vertragsmäßig als Alleinerben einsetzen, gleichzeitig aber dritten Personen Vermächtnisse aussetzen, so muß der Vertragspartner auch diese Anordnungen akzeptieren, damit sie wirksam sind. Sie bestimmen zusammen mit der vertragsmäßigen Verfügung den Inhalt seines "Rechts" i.S.d. § 2289.

Der zweite Einwand läßt sich demgegenüber nicht völlig ausräumen. Denkbar ist nämlich, daß die Auslegung in einem solchen Fall zu dem Ergebnis führt, daß die Parteien kein Testament, sondern einen Erbvertrag wollten, bei dem der Erblasser ein unbeschränktes Rücktrittsrecht haben sollte.

Wie unter Punkt 3) gezeigt, darf der einer einzelnen Anordnung beigefügte Vorbehalt nicht unbeschränkt sein, soll die Verfügung noch als vertragsmäßige qualifiziert werden können. Im folgenden wird zu prüfen sein, wie weit der Vorbehalt in diesem Fall gehen darf, damit die von ihm erfaßte Verfügung nicht inhaltslos wird, was zur Folge hätte, daß sie nicht mehr als vertragsmäßig, sondern als einseitig anzusehen wäre. Dabei soll vor allem auf die vielfach vertretene These eingegangen werden, derzufolge der Vorbehalt dem Erblasser nicht die ersatzlose Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung ermöglichen dürfe.²⁾

1) Vgl. Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, II

2) Siebert, a.a.O., S. 244; Schiffner, a.a.O., S. 141; BGH NJW 58, 498 ff; OLG Düsseldorf, OLGZ 66, 68

5) Die Grenze zwischen beschränktem und
unbeschränktem Vorbehalt bei einer ein-
zelnen vertragsmäßigen Verfügung

a) Die im Schrifttum vertretenen Meinungen

In der Literatur haben sich, mit Ausnahme derjenigen Autoren, die die Vertragsmäßigkeit der Verfügung ohne Rücksicht auf den Umfang des Vorbehalts in jedem Fall bejahen¹⁾ bzw. stets verneinen,²⁾ soweit ersichtlich, nur Siebert, Schiffner und Dittmann zu dieser Frage geäußert.

Siebert fordert, daß der Erblasser, der von der Möglichkeit des Vorbehalts Gebrauch mache, von vornherein durch den Erbvertrag gehalten sein müsse, dem Bedachten eine bestimmte Rechtsposition zu belassen oder wenigstens als Ersatz neu zu gewähren. Wäre der Erblasser nicht gebindert, die Verfügung von Todes wegen völlig und ersatzlos aufzuheben, so liege keine vertragsmäßige Verfügung vor.³⁾ Dieselbe Meinung vertritt Schiffner.⁴⁾ Demgegenüber hat sich Dittmann⁵⁾ ohne Begründung der gegenteiligen Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts angeschlossen.⁶⁾

1) So von Lübtow I, 424; Küster, JZ 58, 394

2) So Brox, Erbrecht, Rdz. 160

3) Siebert, a.a.O., S. 244

4) Schiffner, a.a.O., S. 141

5) Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 21

6) BayObLGZ 61, 206 (211) = DNotZ 62, 198,
siehe unten S. 102

b) Die von der Rechtsprechung entschiedenen
Fälle

Über einen sehr weit gefaßten Vorbehalt mußte das Oberlandesgericht Düsseldorf entscheiden. In diesem Fall hatte der Erblasser seinen Ehegatten in einer als vertragsmäßig bezeichneten Verfügung zum Alleinerben eingesetzt. Er behielt sich jedoch das Recht vor, " den Erben jederzeit durch Testament mit Auflagen und Vermächtnissen jeder Art und Höhe zu beschweren." In einem späteren Testament bestimmte er eine andere Person als Alleinerben. Der Senat, der über die Wirksamkeit dieser Verfügung zu befinden hatte, prüfte zunächst, ob es sich bei der ersten Verfügung nicht trotz der anders lautenden Bezeichnung nur um eine einseitige Anordnung gehandelt habe. Obwohl der Erblasser die Erbeinsetzung durch ein Wertvermächtnis in Höhe des ganzen Nachlasses hätte völlig auslöchen können, bejaht das Gericht die Vertragsmäßigkeit der unter Vorbehalt stehenden Verfügung. Zu Recht stützt es seine Begründung darauf, daß der vereinbarte Vorbehalt die Erbeinsetzung rechtlich nicht berühre, der Erblasser durch ihn nicht von jeglicher Bindung befreit worden sei.¹⁾ Die Zweitverfügung wurde folglich für unwirksam erklärt.

¹⁾ OLG Düsseldorf, OLGZ 66, 68

Dem Urteil ist weiter zu entnehmen, daß das Gericht die Vertragsmäßigkeit der Verfügung verneint, die Wirksamkeit der Zweitverfügung also bejaht hätte, wenn der Vorbehalt den Erblasser zu einer anderweitigen Erbeinsetzung berechtigt hätte. Es heißt nämlich in den Gründen u.a.:

"Allerdings schließt die Bezeichnung einer letztwilligen Verfügung als Erbvertrag nicht aus, daß es sich inhaltlich nur um ein Testament ohne vertragliche Bindung handelt. Es ist weiter zutreffend, daß Vorbehalte, die über einen gewissen Rahmen hinausgehen und inhaltlich geradezu eine Befreiung des Erblassers von jeder Bindung enthalten, die Annahme eines Erbvertrags ausschließen, so etwa wenn er sich die Einsetzung eines anderen Erben vorbehalten hätte. Das würde dem Wesen eines Erbvertrags in unzulässiger Weise widersprechen".

Auf derselben Linie liegt auch eine Entscheidung des Landgerichts Koblenz aus dem Jahr 1967 ¹⁾: Eheleute hatten sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre sechs Kinder zu gleichen Teilen als Erben des Letztlebenden eingesetzt. Dem Letztlebenden wurde das Recht vorbehalten " jederzeit durch Verfügung von Todes wegen aller Art, ... eine anderweitige Verteilung des Gesamtnachlasses unter den genannten Erben vorzunehmen oder auch kleinere Vermächtnisse an Dritte aussetzen." ²⁾

¹⁾ JurBüro 68, 254

²⁾ Vgl. Fn. 1

Auch hier ging das Gericht trotz des Vorbehalts von einer vertragsmäßigen Erbeinsetzung der Kinder aus, da ihre "grundsätzliche Erbenstellung ... hierdurch nicht berührt (werde)." Eine vom letztlebenden Ehegatten angeordnete Testamentsvollstreckung wurde deshalb gemäß § 2289 für unwirksam erklärt.

Beide Entscheidungen stellen also für die Frage der Vertragsmäßigkeit darauf ab, ob der Erblasser dem Bedachten trotz des Vorbehalts noch irgendeine erbrechtliche Position zukommen lassen muß. Damit ist bereits ein brauchbares Kriterium für die Feststellung der Grenzen des Vorbehalts gegeben.

Was nun speziell das Problem angeht, ob auch dann noch eine vertragsmäßige Verfügung vorliegen kann, wenn der Vorbehalt ihre ersatzlose Aufhebung vorsieht, so ist die Stellungnahme der Rechtsprechung nicht einheitlich.¹⁾ Das Kammergericht hat in einer Entscheidung vom 21.4.1937 ausgesprochen, ein Erblasser, der einen Erbvertrag geschlossen habe, sei regelmäßig nicht gehindert, mit

1) Soll der Widerruf der Verfügungen nur durch eine notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolgen können, so ist die Verfügung gemäß § 2296 in jedem Fall noch eine vertragsmäßige, s. oben I, S. 65-72

einer späteren einseitigen Verfügung von Todes wegen den Vertragspartner auf Kosten der übrigen Bedachten in erweitertem Umfang zu bedenken.¹⁾ In dem zu entscheidenden Fall hatten sich Eheleute zur Hälfte ihres Nachlasses gegenseitig und daneben ihre beiderseitigen Geschwister zu gleichen Bruchteilen als Erben eingesetzt. Später widerrief der Ehemann seine Verfügungen zugunsten der beiderseitigen Geschwister und setzte seine Ehefrau als Alleinerbin ein. Zur Wirksamkeit dieser Anordnung führte das Gericht u.a. folgendes aus:

"Die hier zu entscheidende Frage geht demgemäß dahin: Hat der Erblasser sich gegenüber seiner Ehefrau dahin binden wollen, daß es ihm verwehrt sein sollte, mittels einer einseitigen testamentarischen Verfügung die Erbeinsetzung der beiderseitigen Geschwister durch eine erweiterte Berufung der Ehefrau selbst zur Erbin zu ersetzen? Die so gestellte Frage ist unbedenklich zu verneinen. Denn an einer solchen Bindung des Erblassers hatte keiner der Ehegatten auch nur das geringste Interesse. Der Erblasser selbst hatte keinen Anlaß, seine eigene Testierfreiheit zu beschränken, wenn die Beschränkung für seine Ehefrau, der sie

1) KG JW 37, 2203 = DNotZ 37, 570

allein zu statten kommen konnte und sollte, unerheblich oder gar nachteilig war. Die Annahme, daß er die Bindung lediglich zu dem Zwecke übernommen habe, um sich selbst bei einer späteren Sinnesänderung eine Enterbung der Verwandten zugunsten seiner Frau unmöglich zu machen, liegt ganz fern, dies um so mehr, als er ein derartiges Ziel für den Fall der ohne weiteres zu erwartenden Mitwirkung der Frau doch nicht hätte erreichen können. Der Frau andererseits konnte es von vornherein nur erwünscht sein, daß der Erblasser die Zuwendung an sie nachträglich auf Kosten der beiderseitigen Geschwister erweiterte, insbes. sie zur alleinigen Vollerbin einsetzte. Daß sie irgendein Interesse daran gehabt hätte, nicht unbeschränkte Vollerbin ihres Mannes zu werden, ist den Umständen nach ganz ausgeschlossen."

Es bleibt zweifelhaft, ob das Gericht hier erst gar keine vertragsmäßige Erbeinsetzung der Geschwister angenommen hat oder aber eine vertragsmäßige Berufung mit dem Vorbehalt, daß die Verfügung zu Gunsten der Ehefrau aufgehoben werden könne. Einerseits ist man angesichts der gewählten Formulierungen des Gerichts zu der Annahme geneigt, es sei von einer lediglich zu Gunsten der Ehefrau eingeschränkten Bindung und somit von einer vertragsmäßigen, aber unter Vorbehalt stehenden Verfügung ausgegangen. Andererseits läßt das Urteil jedoch eine ausdrückliche Prüfung der Vertragsmäßigkeit der Verfügungen vermissen. Gerade der Umstand, daß jeder Ehegatte sowohl seine eigenen wie auch die Geschwister des anderen bedacht hatte, hätte eine differenzierte Prüfung des Rechtscharakters der Verfügungen erfordert. Da diese unterblieben ist, läßt sich nicht mit

Sicherheit sagen, wie das Gericht die zitierten Ausführungen verstanden wissen wollte.

Genaueres läßt sich einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts entnehmen.¹⁾ In dem betreffenden Fall hatte sich das Gericht mit der Wirksamkeit einer einseitigen Verfügung zu befassen, mit der der Erblasser die vertragsmäßige Erbeinsetzung seiner Kinder zu Gunsten seiner Ehefrau aufheben wollte. Das Urteil, das die Unwirksamkeit der Verfügung gemäß § 2289 ausspricht, hebt u.a. hervor, daß die Frage, ob eine Verfügung eine vertragsmäßige oder eine einseitige sei, von derjenigen unterschieden werden müsse, ob eine vertragsmäßige Verfügung ausnahmsweise unter einem Vorbehalt stehe. Wenn es sodann die Feststellung der Vorinstanz bestätigt, ein Vorbehalt, der die einseitige Besserstellung der Ehefrau des Erblassers ermöglicht hätte, könne dem Erbvertrag nicht entnommen werden, so muß daraus geschlossen werden, daß nach Ansicht des Gerichts ein solcher Vorbehalt mit der Vertragsmäßigkeit der Verfügung vereinbar gewesen wäre.²⁾

Die gegenteilige Auffassung muß dem bereits mehrfach erwähnten, gegenüber dieser Entscheidung nicht einmal drei Jahre zurückliegenden Urteil des BGH entnommen werden.³⁾

1) BayObLGZ 61, 206(211) = NJW 61, 1866

2) In diesem Sinne wird die Entscheidung auch von Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 21 verstanden; vgl. auch den Leitsatz zur Entscheidung a.a.O.

3) BGHZ 26, 204 ff

Es heißt dort, daß der Erblasser, der jemanden vertragsmäßig als Erben eingesetzt habe, sich wohl vorbehalten könne, über einzelne Gegenstände seines Vermögens anderweitig durch Anordnung von Vermächtnissen zu verfügen oder eine Testamentsvollstreckung anzuordnen; zulässig sei auch der Vorbehalt, der ihn ermächtige, eine andere Person als Miterben zu einem bestimmten Bruchteil zu ernennen. Der Erbvertrag und der in ihm enthaltene Vorbehalt müßten jedoch so gefaßt sein, daß eindeutig bestimmt werden könne, welches Recht dem vertragsmäßig Bedachten bindend zugewandt sei.

Diese Ausführungen lassen nur den Schluß zu, daß der Senat eine Verfügung, die unter dem Vorbehalt der ersatzlosen Aufhebung steht, nicht mehr als vertragsmäßige ansehen würde.

Im Gegensatz hierzu hat der BGH bei einem gemeinschaftlichen Testament eine Verfügung als wechselbezüglich angesehen, obwohl sich der Erblasser ihre ersatzlose Aufhebung vorbehalten hatte. In BGHZ 30, 260 ²⁾ hatten Eheleute in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament ihre gemeinsamen Kinder zu Erben eingesetzt und sich gegenseitig den lebenslangen Nießbrauch am Nachlaß des zuerst Versterbenden vermacht. In einem späteren eigenhändigen

2) Wenn das Gericht hier nicht die Bezeichnung "Vorbehalt" verwendet, sondern von einer Ermächtigung zur Abänderung der wechselbezüglichen Verfügung spricht, so ist darunter sachlich dasselbe zu verstehen.

Testament berief der Ehemann unter Aufhebung der früheren Verfügungen seine Frau zur alleinigen Erbin. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, daß die in § 2271 I normierte Erschwerung des Widerrufs nicht weiter erstreckt werden dürfe, als es der mit der gesetzlichen Regelung bezweckte Schutz des anderen Ehegatten erfordere.¹⁾ Sinn und Zweck des § 2271 I 1 über die besondere Form des zu Lebzeiten des anderen Ehegatten zu erklärenden Widerrufs sei es, daß dieser Ehegatte nicht in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit von Verfügungen getäuscht werden dürfe, die in seinem Interesse getroffen worden seien. Eine Verletzung dieses Vertrauensschutzes sei aber im Falle eines ihm unbekannt bleibenden Widerrufs gegeben. Der überlebende Ehegatte solle nach dem Tode des anderen Ehegatten nicht damit überrascht werden, daß der Verstorbene sich nicht an die gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen gehalten habe. Gemäß diesem Grundgedanken der Regelung müsse die Widerrufsbeschränkung dort entfallen, wo der mutmaßliche Wille der Eheleute auf die Zulässigkeit des freien Widerrufsrechts gerichtet sei, was in aller Regel dann der Fall sei, wenn der andere Ehegatte durch die neue Verfügung

1) Die Entscheidung liegt damit auf der Linie zweier vorangegangener Urteile des Kammergerichts Berlin; vgl. KG DR 43, 697 Nr. 6 und KG JW 38, 680, wo das Gericht annimmt, daß die Besserstellung des anderen Ehegatten auf Kosten Dritter zu einer einseitigen Wechselbezüglichkeit führe.

nur besser gestellt werde.¹⁾

Der Vergleich dieser Entscheidung mit der Rechtsprechung zum Vorbehalt beim Erbvertrag könnte deshalb als verfehlt angesehen werden, weil das gemeinschaftliche Testament, anders als der Erbvertrag, zu Lebzeiten der Parteien keine Bindung bewirkt. Gemäß §§ 2271 I 1, 2296 sind die wechselbezüglichen Verfügungen bis zum Tode einer Partei jederzeit durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Teil wideruflich. Es wäre daher denkbar, daß der BGH nur eine Ausnahme von der gesetzlich vorgeschriebenen Form zulassen wollte.²⁾ Gegen diese Vermutung spricht jedoch, daß die Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur für den vorbehaltenen Rücktritt beim Erbvertrag es nicht ausreichen lassen, wenn der Erblasser eine einseitige Verfügung ungeachtet der Formvorschrift des § 2296 trifft.³⁾ Eine solche Differenzierung wäre auch durch nichts gerechtfertigt; denn zu Lebzeiten beider Testatoren besteht beim gemeinschaftlichen Testament praktisch

-
- 1) Während das Gericht also nur mit Hilfe der Konstruktion eines entsprechenden Vorbehalts zur Wirksamkeit der späteren Verfügung gelangt, legt Leopold, Testamentsrecht, S. 244 den Wortlaut des § 2271 I 2 einschränkend dahin aus, daß der Erblasser nur solche Verfügungen nicht treffen könne, die das Recht des durch wechselbezügliche Verfügungen Bedachten "beeinträchtigen" würden.
 - 2) Diese Vermutung wird auch in BayObLGZ 61, 205 ff (213) geäußert; dagegen aber Erman-Hense, § 2289, Rdz. 4
 - 3) Vgl. z.B. BGHZ 31, 5; OLG Düsseldorf, OLGZ 66, 68 ff; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2293, Rdz. 4; RGRK-Kregel, § 2293, Rdz. 5; Staudinger-Dittmann, § 2289, Rdz. 18; von Lübtow I, 428; Lange-Kuchinke, § 37, IV, 4; Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, IX, 3

die gleiche Lage wie beim gegenseitigen Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt. Darüber hinaus hat der BGH bei einem Vorbehalt die Wechselbezüglichkeit bejaht, der den Ehegatten ermächtigte, noch nach dem Tod des anderen Teils eine Verfügung ersatzlos aufzuheben.¹⁾ Dies läßt ebenfalls darauf schließen, daß sich hinter der hier zu erörternden Frage mehr verbirgt als nur ein Formproblem; denn nach dem Tod des einen Ehegatten ist der Widerruf einer wechselseitigen Verfügung durch den anderen Ehegatten grundsätzlich ausgeschlossen, § 2271 II 1.

Der soeben genannten Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eheleute hatten sich durch gemeinschaftliches Testament gegenseitig als Erben eingesetzt und weiterhin bestimmt, daß nach dem Tode des Letztlebenden von ihnen ihre Schwiegertochter neben anderen Personen Miterbin zu einem Drittel sein sollte. Daneben hatten sie die folgende Anordnung getroffen:

- "Gibt das Verhalten der in diesem Testament bedachten Personen dem Überlebenden von uns berechtigten Anlaß zu Beschwerden, weil die betreffende Person sich
- a) eines besonders lieblosen Verhaltens gegenüber dem Erblasser
 - b) ...
 - c) ... schuldig gemacht hat, so kann der Überlebende die ausgeworfenen Beträge kürzen oder ganz streichen oder sonstige Änderungen hinsichtlich dieser Person treffen."

1) BGH NJW 51, 959

Nach Maßgabe dieser Bestimmung hob die überlebende Ehefrau die Erbeinsetzung ihrer Schwiebertochter letztwillig auf. Der BGH bestätigte zunächst die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Verfügungen trotz der zitierten Bestimmung wechselbezüglich seien.¹⁾ Weiter folge aus der Tatsache, daß der überlebende Ehegatte seine Verfügungen nach Annahme der Erbschaft gemäß § 2271 II 2 nur nach Maßgabe der §§ 2294 und 2336 widerrufen könne und § 2293 nicht genannt sei, nicht die Unwirksamkeit der dem Überlebenden eingeräumten Befugnis. § 2271 II enthalte insoweit nachgiebiges Recht. Die Eheleute könnten frei darüber bestimmen, ob und inwieweit ihre Verfügungen wechselbezüglich sein sollten. Wenn sie aber die Wechselbezüglichkeit überhaupt ausschließen könnten, müsse ihnen auch gestattet sein, die Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen über den im Gesetz vorgesehenen Rahmen zu erweitern, also dem überlebenden Ehegatten auch andere als im Gesetz vorgesehene Widerrufsgründe oder sogar ein freies Widerrufsrecht einzuräumen. Mit der gleichen Begründung läßt sich auch die Wirksamkeit einer entsprechenden Verfügung mit Vorbehalt beim Erbvertrag begründen. Damit ist jedoch noch nichts über die entscheidende Frage gesagt, ob die Verfügung trotz des Vorbehalts der ersatzlosen Aufhebung noch

1) Andernfalls wäre nämlich der Erblasser in der Aufhebung seiner Verfügung keinerlei Beschränkungen unterworfen gewesen.

eine vertragsmäßige sein kann. Die Antwort hierauf hängt davon ab, ob auch eine solche Verfügung eine erbrechtliche Bindung und damit ein "Recht" i.S.d. § 2289 begründet oder ob sie dies nicht vermag.

Wie bereits dargelegt, kann dieses "Recht" darin bestehen, daß dem Bedachten in jedem Fall, also auch wenn der Erblasser von dem Vorbehalt Gebrauch macht, eine bestimmte erbrechtliche Position erhalten bleibt. Eine erbvertragliche Bindung muß darüber hinaus aber selbst dann angenommen werden, wenn eine Verfügung zwar in vollem Umfang widerruflich ist, der Widerruf jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf. Auch in diesem Fall ist nämlich der Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt. Zugleich hat der Bedachte eine gesicherte Position, ein Recht i.S.d. § 2289; jede Verfügung, die nicht vom Inhalt des Vorbehalts gedeckt ist und nicht das "Recht" des Bedachten lediglich erweitert, ist unwirksam. Daß die Ermächtigung des Erblassers, eine Verfügung unter bestimmten Voraussetzungen ersatzlos aufzuheben, der Vertragsmäßigkeit dieser Verfügung nicht entgegensteht, wird durch eine weitere Überlegung gestützt: Eine Verfügung von Todes wegen kann, wie ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung getroffen werden. Dies ergibt sich aus den allgemeinen

Vorschriften des Ersten Buches, die grundsätzlich auch hier gelten, sowie aus den besonderen Vorschriften des Erbrechts.¹⁾

Im ersten Entwurf fand sich diesbezüglich eine ausdrückliche Bestimmung,²⁾ die dann durch die zweite Kommission als entbehrlich und selbstverständlich gestrichen wurde.³⁾

Gegenstand der Bedingung kann ein künftiges Ereignis jeder Art sein, meistens ist es jedoch die Handlung eines Beteiligten.⁴⁾

Wesentlich ist nur, daß es sich um ein ungewisses Ereignis handelt, d.h., das Geschehnis, von dem die Wirkung des Rechtsgeschäfts abhängig sein soll, wird nicht nur objektiv, sondern nach dem Willen der Parteien auch subjektiv als ungewiß angesehen.⁵⁾

Steht es hiernach der Vertragsmäßigkeit einer Verfügung nicht entgegen, daß die Parteien die Aufhebung in ihrem gesamten Umfang an den Eintritt einer Bedingung

1) Vgl. §§ 2074-2076, 2108 II, 2109, 2162, 2163

2) Vgl. E I, § 1760; Motive V, 16

3) Protokolle V, 11

4) Der Erblasser setzt eine bestimmte Person nur für den Fall zum Erben ein, daß er kinderlos stirbt oder nicht wieder heiratet; der Erblasser, der seine verwitwete Tochter finanziell sicher stellen will, setzt diese unter der Bedingung zur Alleinerbin ein, daß sie nicht wieder heiratet. Zur Zulässigkeit solcher Bedingungen, vgl. Birk, DNotZ 72, 284; Raape, Die testamentarische Willensbedingung, § 3: Das Verhalten des Erblassers als Bedingung, S. 22 ff; Grossfeld, JZ 68, 113

5) Vgl. BayObLGZ 66, 390 = NJW 67, 729

knüpfen, so kann nichts anderes gelten, wenn dem Erblasser das Recht eingeräumt worden ist, im Fall des Bedingungsseintritts die Verfügung aufrecht zu erhalten und ihren Wegfall von einer eigenen Rechtshandlung - dem Widerruf der Verfügung - abhängig zu machen.

Gegen die Ansicht, daß eine Verfügung, die unter dem Vorbehalt ersatzloser Aufhebung stehe, keine vertragsmäßige sein könne, spricht schließlich eine vom Gesetzgeber in den §§ 2151 ff getroffene Regelung. Nach § 2151 kann der Erblasser "... mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll." Es handelt sich hierbei um eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 2065 II, nach dem der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen darf.¹⁾ Hat also der Erblasser in der in § 2151 vorgesehenen Art vertragsmäßig von Todes wegen verfügt, so kann keiner der Bedachten sicher sein, ob ihm nicht seine Rechtsposition durch die Entscheidung des Bestimmungsberechtigten entzogen wird. Die Bindung muß in diesem Fall darin gesehen werden, daß der Erblasser den vertraglich festgesetzten Personenkreis nicht mehr verändern kann.

Die bloße Möglichkeit eines ersatzlosen Wegfalls des Vermächtnisanspruchs steht somit der

¹⁾ Vgl. im einzelnen Grossfeld, JZ 68, 113 ff; Westermann, Möhring-Festschrift, S. 135 ff

Vertragsmäßigkeit der Verfügungen von Todes wegen nicht entgegen. Ein beschränkter Vorbehalt und damit eine vertragsmäßige Verfügung kann demnach unter Umständen selbst dann noch vorliegen, wenn dem Erblasser die ersatzlose Aufhebung einer Verfügung unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist.

Wenn nun der BGH beim Erbvertrag annimmt, daß die unter dem Vorbehalt der ersatzlosen Aufhebung stehende Verfügung keine vertragsmäßige sein könne, während er beim gemeinschaftlichen Testament im Falle eines entsprechenden Vorbehalts die Wechselbezüglichkeit bejaht, so muß darin nicht - wie es zum Teil geschieht¹⁾ - ein Widerspruch gesehen werden. Die unterschiedliche Bewertung könnte vielmehr auf die Verschiedenheit der Vorbehalte zurückzuführen sein. Während nämlich in der einen Entscheidung²⁾ dem Erblasser der Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sein sollte, von einer Bindung und einem "Recht" des Bedachten i.S.d. § 2289 also noch die Rede sein konnte, sah der Erbvertrag, der Gegenstand der anderen Entscheidung war, eine solche Einschränkung des Erblassers nicht vor.³⁾

Es läßt sich also feststellen, daß ein beschränkter Vorbehalt und damit eine vertragsmäßige Verfügung nicht nur dann vorliegt, wenn dem Bedachten in jedem Fall eine bestimmte erbrechtliche Position erhalten bleibt; von einem beschränkten

1) So z.B. von Erman-Hense, § 2289, Rdz. 4

2) BGH NJW 51, 959; vgl. S. 99

3) BGHZ 26, 204 ff

Vorbehalt kann auch noch ausgegangen werden, wenn er die ersatzlose Aufhebung einer Verfügung zum Gegenstand hat. Die Aufhebung muß in diesem Fall nur an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, eine Willkür des Erblassers also ausgeschlossen sein.

6) Der Austausch des in einem Vorbehalt genannten Zuwendungsempfängers oder Testamentsvollstreckers

Der Vorbehalt gibt dem Erblasser die Möglichkeit, auch nach Abschluß eines Erbvertrags in beschränktem Umfang weiter von Todes wegen zu verfügen. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen sollten, wird das aus der vertragsmäßigen Verfügung folgende "Recht" des Bedachten in dem gleichen Maß eingeschränkt, in dem die Verfügungsmöglichkeit des Erblassers erhalten bleibt. Dies ist der Grund dafür, daß eine dem Erbvertrag nachfolgende, "an sich" beeinträchtigende Verfügung nicht gemäß § 2289 unwirksam ist, solange sie sich im Rahmen des Vorbehalts hält.

Bisher nicht behandelt wurde die Frage, wie eine Verfügung zu beurteilen ist, die den Bedachten zwar nicht über das vereinbarte Maß hinaus beeinträchtigt, die jedoch eine andere Person begünstigt als die im Vorbehalt genannte: Der Erblasser hat sich vorbehalten, dem X einen bestimmten Geldbetrag als Vermächtnis auszusetzen, später vermacht er diesen Betrag dem Y. Dagegen gibt es eine Entscheidung des

OLG Stuttgart zur Ersetzung eines im Vorbehalt namentlich genannten Testamentsvollstreckers.¹⁾ In dem zu beurteilenden Sachverhalt war dem Erblasser vorbehalten worden, eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker zu berufen. Später setzte er jedoch an deren Stelle zwei andere Personen als Testamentsvollstrecker ein. Diesen wurde jedoch die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses versagt. Das Nachlaßgericht ging davon aus, daß ihre Ernennung zu Testamentsvollstreckern gemäß § 2289 Abs. 1 unwirksam sei, "weil sie zu einer über den Vorbehalt hinausgehenden Beeinträchtigung der Vertragserben führen würde."²⁾ Die Betroffenen haben gegen diese Entscheidung Beschwerde und weitere Beschwerde eingelegt. In einem von ihnen in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten hat Manfred Wolf die Auffassung vertreten, es müßten bei dem Problem, ob sich der Vorbehalt auch auf die Person des Testamentsvollstreckers beziehen könne, zwei Fragen auseinander gehalten werden, "nämlich a) ob der Vorbehalt bezüglich der Person des Testamentsvollstreckers erforderlich sei, weil sich die erbvertragliche Bindungswirkung auch darauf erstrecken könne, daß nur eine bestimmte Person Testamentsvollstrecker werde und b) ob der Vorbehalt, falls er nicht zur Beseitigung der erbvertraglichen Bindung erforderlich sei, dazu benutzt werden könne, die Testierfreiheit des Erblassers

1) OLGZ 79, 49 ff

2) OLGZ 79, 49

zu beschränken." 1)

Wolf gelangt bei der ersten Frage zu dem Ergebnis, daß für die nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung zwar ein Vorbehalt erforderlich sei, weil sie dem Erben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß entziehe. Dies gelte jedoch unabhängig davon, welche Person zum Testamentsvollstrecker ernannt werde und ob nur eine oder mehrere Personen für dieses Amt bestellt würden. Die Person des Testamentsvollstreckers wirke sich nicht auf die Rechtsstellung des Erben aus. Ihre Auswechslung führe lediglich zu "faktischen Zufälligkeiten und Chancen", die nicht Gegenstand der erbvertraglichen Bindung sein könnten. Ein Austausch des Testamentsvollstreckers sei deshalb keine Beeinträchtigung, folglich ein Vorbehalt, der sich auf eine bestimmte Person beziehe, auch nicht erforderlich. Ein solcher unnötiger Vorbehalt - so schließt Wolf weiter - könne nur die Funktion haben, die Testierfreiheit auszuhöhlen, die im Zweifel jedoch den Vorrang vor der erbvertraglichen Bindung haben müsse. Die zweite Frage sei aus diesem Grunde ebenfalls zu verneinen; ein solcher Vorbehalt könne also nicht wirksam vereinbart werden.

Das Gericht ist der Auffassung Wolfs nicht beigetreten. Es folgert aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch für den Erbvertrag

1) OLGZ 79, 50

gelte, daß den Parteien eine beliebige Grenzziehung zwischen Bindung und Testierfreiheit gestattet sei; es dürfe nur der Erbvertrag nicht gegenstandslos werden.¹⁾ Der Senat hebt weiter hervor, daß der Erblasser damit nicht in unzulässiger Weise an die im Vorbehalt vorgesehene Person gebunden werde. Wenn § 2278 II besage, daß die Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht vertraglich bindend erfolgen kann, so bedeute diese Vorschrift nicht, daß dem Erblasser zwingend das Recht zu entsprechenden Verfügungen verbleiben müsse. Er verliere dieses Recht regelmäßig mit dem Abschluß des Erbvertrags, so daß ihm die Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers gerade nicht gewährleistet bleibe. Der Senat führt dann weiter aus, inwiefern in der Berufung eines anderen Testamentsvollstreckers als des nach dem Vertrag vorgesehenen eine Beeinträchtigung des Vertragserben liege. Dabei geht er davon aus, daß Entstehen und Dauer der Beschränkung im Falle einer Testamentsvollstreckung davon abhängen, ob und wie lange der Testamentsvollstreckter das Amt ausüben könne und wolle. Für eine Beeinträchtigung müsse es genügen, daß die Berufung der anderen Person möglicherweise - überhaupt oder doch für längere Zeit - zu einer Testamentsvollstreckung führe, die

1) OLGZ 79, 51

bei Ernennung der im Vertrag vorgesehenen Person nicht in gleicher Weise bestanden hätte.

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Wenn das Gericht den Nachweis einer konkreten Einschränkung des Rechts nicht für erforderlich hält, sondern die bloße Möglichkeit von Nachteilen für den Bedachten zur Annahme der Beeinträchtigung genügen läßt, so erscheint dies nur folgerichtig: Die Vertragsparteien bestimmen Inhalt und Umfang des "Rechts" i.S.d. § 2289. Wird der Vertragspartner des Erblassers vertragsmäßig als Erbe eingesetzt und dem Erblasser die Möglichkeit vorbehalten, eine bestimmte Person zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, so erfolgt die Beschränkung gerade auf diese Person im Interesse des Vertragspartners. Wird nun diese Regelung vom Erblasser einseitig umgestoßen, so kann darin nur eine Beeinträchtigung des "Rechts" des Vertragspartners gesehen werden.

Entsprechendes muß gelten, wenn nicht der Vertragspartner selbst, aber auf seinen Wunsch eine ihm nahestehende Person¹⁾ vertragsmäßiger Erbe sein soll. Läßt dann der Vertragspartner in dem Vorbehalt nur eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker zu, so wird er dabei das mutmaßliche Interesse des Bedachten im Auge haben. Zur Rechtsposition des Bedachten gehört es dann

1) Vgl. zum Begriff "nahestehende Person", Bengel, DNotZ 77, 5 ff

ebenfalls, daß er mit einer Testamentsvollstreckung nur belastet werden kann, wenn der Erblasser die von dem anderen Vertragsteil gewünschte Person zum Testamentsvollstrecker ernennt. Jede vom Inhalt des Vorbehalts abweichende Anordnung des Erblassers ist dann gemäß § 2289 I unwirksam.

Es fragt sich, ob der zuletzt genannte Grundsatz auch für den Fall gilt, daß der Erblasser einen im Vorbehalt namentlich genannten Zuwendungsempfänger - Erbe oder Vermächtnisnehmer - austauscht. Da Erbeinsetzung und Vermächtnis, im Gegensatz zur Testamentsvollstreckung, bindend angeordnet werden können, ist zunächst zu klären, in wessen Person die Voraussetzungen für eine Beeinträchtigung nach § 2289 vorliegen können. Denkbar wäre, daß der Austausch des Zuwendungsempfängers wegen einer Beeinträchtigung des Rechts der im Vorbehalt genannten Person unwirksam ist. Möglich ist aber auch, daß durch die Berufung der anderen Person das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt wird, zu dessen Lasten der Vorbehalt besteht.

Was die erste Möglichkeit angeht, so kann von folgender Überlegung ausgegangen werden: Hat sich der Erblasser im Erbvertrag vorbehalten, einer Person von Todes wegen etwas zuzuwenden, so unterliegt es allein seiner Willkür, ob er von diesem Recht Gebrauch macht oder nicht. Solange er den Vorbehalt nicht ausübt, existiert eine Verfügung zugunsten dieser Person noch gar nicht. Folglich kann auch von einem Recht des im Vorbehalt Genannten nicht

die Rede sein. Eine dem Erbvertrag folgende Verfügung des Erblassers, die eine andere Person begünstigt, ist also nicht wegen Beeinträchtigung des im Vorbehalt genannten Zuwendungsempfängers unwirksam. Als Gegenstand der Beeinträchtigung kommt somit nur das Recht des im Erbvertrag bindend Bedachten in Betracht, der mit dem Vorbehalt belastet ist.

Das Recht dieses Bedachten würde durch den Austausch des Zuwendungsempfängers dann beeinträchtigt, wenn es zum Inhalt seines Rechts gehörte, nur zugunsten einer ganz bestimmten Person beeinträchtigt zu werden. Hierzu müßte sich der Erblasser gegenüber seinem Vertragspartner dahingehend gebunden haben, daß er keine andere Person als die im Vorbehalt genannte begünstigen werde. Von einem solchen Bindungswillen wird man - ebenso wie beim Austausch des Testamentsvollstreckers - generell ausgehen können, wenn der Zuwendungsempfänger in dem Vorbehalt namentlich genannt wurde. Wäre den Vertragsparteien nämlich die Person des Bedachten gleichgültig, gäbe es keinen Grund, sie bereits in den Vorbehalt aufzunehmen. Dem Erblasser kann nur daran gelegen sein, den Begünstigten nach seinen Vorstellungen frei bestimmen zu dürfen. Wird nun bereits in dem Vorbehalt der Zuwendungsempfänger benannt, so kommt darin zum Ausdruck, daß der Erblasser diese Freiheit deshalb nicht haben soll, weil sein Vertragspartner eine bestimmte Person begünstigt wissen will. Die Folge ist, daß der Erblasser nur zugunsten

dieser Person noch einseitig von Todes wegen verfügen kann. Jede Einsetzung eines anderen Bedachten beeinträchtigt das Recht des Vertragserben und ist deshalb gemäß § 2289 unwirksam. Hat sich also der Erblasser eine bestimmte Anordnung vorbehalten, so ist er an den Inhalt dieser Anordnung gebunden, und zwar auch dann, wenn die Anordnung selbst - wie z.B. eine Testamentsvollstreckung - nicht vertragsmäßig getroffen werden könnte.

III. Zusammenfassung

Der Erblasser, der vertragsmäßig von Todes wegen verfügt, kann sich im Erbvertrag das Recht vorbehalten, seine Anordnungen durch künftige letztwillige Verfügungen zu ändern. Dabei ist jeder Vorbehalt wirksam.

Reicht die dem Erblasser hinsichtlich einer einzelnen Anordnung vorbehaltene Verfügungsbefugnis so weit, daß er an nichts mehr gebunden ist, so liegt eine zwar wirksame, jedoch einseitige Verfügung vor. Von einer vertragsmäßigen, unter Vorbehalt stehenden Verfügung kann in diesem Fall nicht die Rede sein.

Sind der Testierfreiheit des Erblassers Grenzen gesetzt, d.h. ist der Vorbehalt inhaltlich beschränkt, so erlangt der Bedachte ein "Recht" i.S.d. § 2289. Der Umfang dieses "Rechts" wird durch den Inhalt der vertragsmäßigen Verfügung und des Vorbehalts

festgelegt.

Ein beschränkter Vorbehalt und damit eine vertragsmäßige Verfügung kann selbst dann noch gegeben sein, wenn sich der Erblasser die ersatzlose Aufhebung einer Verfügung vorbehalten hat. Voraussetzung ist nur, daß auch hier eine Willkür des Erblassers ausgeschlossen ist.

Obwohl der Erblasser aufgrund des Vorbehalts noch wirksam letztwillig verfügen kann, besteht eine erbvertragliche Bindung. Er kann nämlich nicht mehr alle Verfügungen treffen, die er ohne den Erbvertrag hätte vornehmen können, sondern nur noch solche, die im Rahmen des Vorbehalts liegen. Alle Verfügungen, die über den Vorbehalt hinausgehen, sind gemäß § 2289 unwirksam.

Wegen der Bindungswirkung jeder einzelnen vertragsmäßigen Verfügung, die unter einem beschränkten Vorbehalt steht, liegt ein Erbvertrag selbst dann noch vor, wenn sich der Erblasser die Änderung sämtlicher Verfügungen vorbehalten hat.

C. Die Zustimmung des Vertragspartners
und des vertragsmäßig Bedachten zu
einer beeinträchtigenden Verfügung

Der Erblasser ist durch die erbvertragliche Bindung nicht in seiner Testierfähigkeit, sondern lediglich in seiner erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit beschränkt.¹⁾ Weist seine beeinträchtigende Verfügung die formellen Voraussetzungen einer Verfügung von Todes wegen auf, so erhebt sich die Frage, ob die Bindungswirkung des Erbvertrags dadurch beseitigt werden kann, daß sich der Bedachte oder der Vertragspartner mit der an sich gemäß § 2289 I 2 unwirksamen Verfügung einverstanden erklärt. Ein Interesse an der Zustimmungsmöglichkeit könnten die Genannten deshalb haben, weil ihnen die in der beeinträchtigenden Verfügung enthaltene Regelung gegenüber der vertraglichen unter wirtschaftlichen oder ideellen Gesichtspunkten vorteilhafter erscheint.

Gemäß § 2290 I kann ein Erbvertrag oder eine einzelne vertragsmäßige Verfügung durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Ein solcher Aufhebungsvertrag bedarf nach § 2290 IV i.V.m. § 2276 der notariellen Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien. Im folgenden soll demgegenüber geprüft werden, wie sich die Zustimmung nicht nur des Vertragspartners, sondern auch eines bedachten Dritten

¹⁾ Vgl. S. 10, 11

zu einer Beeinträchtigung auswirkt und ob gegebenenfalls auch schon eine formlose Zustimmung Wirkungen äußert. Da die Zustimmung des anderen Vertragsteils zu Testamenten bestimmten Inhalts in § 2291 I vorgesehen ist, soll zunächst die Wirkung dieser Zustimmung untersucht werden. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß der Vertragspartner nicht notwendig selbst bedacht sein muß; er kann den Erbvertrag ausschließlich zugunsten einer anderen Person geschlossen haben. Dementsprechend kommt seine Zustimmung sowohl zur Beeinträchtigung des eigenen Rechts als auch des Rechts eines bedachten Dritten in Betracht. Entsprechend der gesetzlichen Regelung, die für die Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung zu Lebzeiten des Erblassers andere Möglichkeiten vorsieht als nach seinem Tod, erscheint es angebracht, auch bei der Zustimmung danach zu unterscheiden, ob sie vor oder nach dem Erbfall erfolgt ist.

I. Die Zustimmung des anderen Vertragsteils

1) Die vor dem Erbfall erklärte Zustimmung

Einer vor dem Erbfall erteilten Zustimmung hat der Gesetzgeber in § 2291 I 2 Bedeutung zugesprochen. Nach dieser Vorschrift verhindert die Zustimmung des anderen Vertragsteils die Rechtsfolge des § 2289 I 2 dann, wenn die letztwillige Verfügung die Aufhebung eines vertragsmäßigen Vermächnisses oder

einer vertragsmäßigen Auflage zum Gegenstand hat. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Vermächtnis oder die Auflage zugunsten des Vertragspartners oder eines Dritten angeordnet war, der Widerruf dieser Anordnungen also das Recht des Zustimmungenden selbst oder des Dritten beeinträchtigt hatte. Es fragt sich, ob diesen beiden vom Wortlaut des § 2291 I erfaßten Fällen, in denen eine vertragsmäßige Begünstigung mit Zustimmung des anderen Teils aufgehoben werden kann, nicht die spätere Belastung mit einem Vermächtnis oder einer Auflage gleichgestellt werden kann.

Der Vorschrift des § 2291 I liegt die Wertung des Gestzgebers zugrunde, für Verfügungen, die keine Erbeinsetzungen enthalten, einen gegenüber § 2290 einfacheren und billigeren Weg der Aufhebung zu schaffen. Einerseits ist nicht - wie bei der vertraglichen Aufhebung - die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien vor einem Notar erforderlich; andererseits sollte der Erblasser nicht mit den Kosten für die Beurkundung beider Erklärungen belastet werden, sondern allenfalls mit denen seiner eigenen Erklärung.¹⁾ Wenn aber dieser Grund für die Schaffung des § 2291 ausschlaggebend war,

1) Ursprünglich war nämlich auch für die Errichtung eines Testaments die notarielle oder richterliche Beurkundung vorgeschrieben; vgl. Schober, Gruchot-Beiträge 21, 540 ff; gleichwohl wird der Erblasser in der Regel auch die Kosten für die Beurkundung der Zustimmungserklärung tragen müssen, da sie auf seine Veranlassung entstehen.

dann kann es für die Wirkung der Zustimmung keinen Unterschied machen, ob die Beeinträchtigung darin besteht, daß der Erblasser ein für den Bedachten günstiges Vermächtnis, eine in seinem Interesse liegende Auflage widerruft oder darin, daß er ihn mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert. In beiden Fällen ist der Grad seiner Beeinträchtigung gleich. In beiden Fällen muß seine Zustimmung daher auch dieselbe Wirkung haben. Schließlich sollte das, was für Vermächtnis und Auflage gilt, auch für sonstige Bestimmungen des Erblassers gelten, die das Recht des Bedachten nur in geringerem Maße beeinträchtigen, also für Testamentsvollstreckung und Teilungsanordnung. Solche Belastungen sollten wirksam sein, wenn ihnen der Vertragspartner zustimmt.

Will man § 2291 I, wie hier vorgeschlagen wird, auch auf die nachträgliche Anordnung eines Vermächtnisses, einer Auflage, Testamentsvollstreckung oder Teilungsanordnung anwenden, so ist für die Zustimmung des Vertragspartners auch die in § 2291 II normierte Form zu verlangen. Diese Formvorschrift wird zum Teil als verfehlt angesehen, da für die Zustimmungserklärung mehr verlangt werde als für das Aufhebungstestament.¹⁾ Brox will deshalb schon der formlosen Erklärung des Vertragspartners konvaleszierende Wirkung zuerkennen.²⁾

1) Brox, Erbrecht, § 14, Rdz. 162

2) Vgl. Fn. 1; a.A. Kipp-Coing, § 38, III, 6

Zwar ist richtig, daß die verschiedene Behandlung der Erklärungen von Erblasser und Vertragspartner auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht: Als § 2291 in das Gesetz aufgenommen wurde, war für das Testament nur die Errichtung vor einem Notar oder Richter vorgesehen. Erst anschließend wurde daneben die privatschriftliche Errichtungsform zugelassen; dabei wurde an § 2291 nicht gedacht.¹⁾ Gleichwohl kann für die notarielle Beurkundung der Zustimmung durchaus ein Bedürfnis in der zuverlässigen Beweissicherung sowie der zweifelsfreien Kenntnis der Beteiligten über die wieder eingetretene Verfügungsmöglichkeit des Erblassers gefunden werden. Der Gesetzgeber hat mit den Bestimmungen über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft,²⁾ über die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen³⁾ und über die Amtsannahme oder -ablehnung eines Testamentsvollstreckers⁴⁾ deutlich zu erkennen gegeben, daß die erbrechtlichen Verhältnisse in bestimmten Formen und innerhalb bestimmter Fristen geklärt werden müssen. In Anbetracht der großen Zeitspanne, die zwischen der Zustimmungserklärung und dem Tod des Erblassers liegen kann, wäre es mit der Rechtssicherheit unvereinbar, wenn die Wirksamkeit der Verfügung von einer formlosen Erklärung des Vertragspartners abhinge. Da außer dem Zustimmenden vor dem Erbfall kaum jemand den letzten Willen des Erblassers erfahren wird, gäbe es nach dem Erbfall niemanden,

1) Schober, Gruchot-Beiträge 21, 540 ff

2) Vgl. §§ 1942 ff

3) Vgl. §§ 2081, 2082

4) Vgl. § 2202

der sich auf die Zustimmung des Vertragspartners berufen könnte. Die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung wäre also allein von dem sich im Laufe der Zeit möglicherweise wandelnden Willen des Zustimmenden abhängig. Es kann daher nur der notariell beurkundeten Zustimmungserklärung konvaleszierende Wirkung zuerkannt werden.

Darüber hinaus kann einem vor dem Erbfall geäußerten Einverständnis des anderen Vertragsteils, etwa zu einer Erbeinsetzung oder deren Aufhebung, keine heilende Wirkung beimessen werden. Zwar läßt sich die unterschiedliche Form der Aufhebung bei Vermächtnis und Auflage einerseits und der Erbeinsetzung andererseits nicht befriedigend erklären; das BGB kennt auch sonst keine einzige Erschwerung der Form bei der Anordnung oder Aufhebung von Erbeinsetzungen. Gleichwohl geht aus der Regelung der §§ 2290, 2291 eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber der Zustimmung des Vertragspartners zur Aufhebung einer Erbeinsetzung keine konvaleszierende Wirkung zukommen lassen wollte. Möchte der Erblasser das Recht des Vertragserben über den gerade aufgezeigten Rahmen hinaus einschränken, so kann er dies nur im Wege eines Aufhebungsvertrags nach § 2290 erreichen. Ist sein Vertragspartner zum Abschluß eines solchen Vertrages nicht bereit, wird er ebensovienig seine Zustimmung zu einer einseitigen Verfügung des Erblassers geben. Wahrscheinlicher ist jedoch, daß der Erblasser seinen

Vertragspartner in seine Änderungspläne erst gar nicht einweiht, und eine Zustimmung des anderen schon aus diesem Grund nicht in Betracht kommt.

2) Die nach dem Erbfall erklärte Zustimmung

Das Kammergericht, das über die Wirkung einer nach dem Erbfall erteilten Zustimmung zu entscheiden hatte, hat es abgelehnt, dem Vertragspartner die Dispositionsbefugnis über den Eintritt der Rechtsfolge des § 2289 I 2 zuzubilligen. Obwohl die Beschränkung des Rechts - der Erblasser hatte eine Testamentsvollstreckung angeordnet - im Interesse des Erben lag, hat der Senat diese Bestimmung für unwirksam erklärt.¹⁾ Nach seiner Auffassung kann der Zustimmung des Vertragspartners aus Gründen der Rechtssicherheit keine Wirkung beigemessen werden.

In der Tat muß der Gedanke unerträglich erscheinen, daß der andere Vertragsteil seine beeinträchtigende und deshalb unwirksame Verfügung u.U. noch Jahre nach dem Erbfall formlos in Wirksamkeit setzt. Dem Erfordernis der Rechtssicherheit könnte jedoch genügt werden. Siebert²⁾ und Brox³⁾ schlagen

1) KG JW 38, 2746 (2747)

2) Siebert, a.a.O., S. 261 ff

3) Brox, Erbrecht, Rdz. 162

zu diesem Zweck vor, die für die Ausschlagung geltenden Form- und Fristvorschriften anzuwenden. Der Vertragspartner hätte dann die Zustimmung analog §§ 1944, 1945 binnen sechs Wochen seit Erlangung der Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklären; mit dem Ablauf dieser Frist würde es endgültig bei der dem Inhalt des Erbvertrags entsprechenden Rechtslage bleiben.

Ob die nach diesen Vorschriften form- und fristgerechte Zustimmung des Vertragspartners der beeinträchtigenden Verfügung Wirkung verleihen kann, ist nicht ohne Rücksicht auf den Inhalt der Verfügung zu beantworten.

Grundsätzlich vermag die Zustimmung des Vertragspartners der beeinträchtigenden Verfügung nicht zur Wirksamkeit verhelfen. Dies muß der Vorschrift des § 2290 I 2 entnommen werden. Danach kann der Erbvertrag oder eine einzelne vertragsmäßige Verfügung nach dem Tode eines Vertragsschließenden nicht mehr aufgehoben werden, und zwar unabhängig davon, ob die spätere Verfügung das Recht des Vertragspartners oder eines bedachten Dritten beeinträchtigen würde. Etwas anderes gilt aber möglicherweise für die Zustimmung zu vertragsmäßigen Vermächtnissen und Auflagen. Zwar können sie ebenfalls durch Vertrag gemäß § 2290 außer Kraft gesetzt werden, so daß man annehmen könnte, auch ihre Aufhebung sei nur

zu Lebzeiten beider Parteien möglich. Hiergegen spricht jedoch folgende Überlegung: § 2291 läßt für die Aufhebung vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflagen die Zustimmung zu einem testamentarischen Widerruf dieser Verfügungen ausreichen. Wenn nun § 2290 ausschließt, daß eine vertragsmäßige Verfügung nach dem Tod einer Person rückgängig gemacht wird, § 2291 demgegenüber eine solche Einschränkung nicht enthält, so liegt der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber die Aufhebung vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflagen auch insoweit abweichend von § 2290 regeln wollte. Verstärkt wird diese Annahme dadurch, daß § 2291 I letzter Halbsatz zwar ausdrücklich den Absatz 3 des § 2290 für entsprechend anwendbar erklärt, auf Absatz 1 der Vorschrift jedoch nicht verweist. Das aber kann nur bedeuten, daß der Gesetzgeber die entsprechende Anwendung des § 2290 I im Rahmen des § 2291 nicht wollte. Ein vertragsmäßiges Vermächtnis und eine vertragsmäßige Auflage können also auch nach dem Tod einer Partei noch aufgehoben werden. 1) 2)

Wie das vor dem Erbfall erklärte Einverständnis, so führt auch die nach dem Erbfall geäußerte Zustimmung zur Wirksamkeit

1) Überlebt der Erblasser seinen Vertragspartner, so kann er diese Verfügungen durch ein Testament aufheben, wenn der andere Teil dem Widerruf vor seinem Tod zugestimmt hatte.

2) Anderer Ansicht Dittmann-Reimann-Bengel, § 2291, Anm. 5; Palandt-Edenhofer, § 2291 2

der letztwilligen Verfügung, unabhängig davon, ob sich die Zustimmung auf den Widerruf oder die Anordnung eines Vermächnisses oder einer Auflage bezieht. Dasselbe gilt für den Fall, daß der Vertragspartner einer Testamentsvollstreckung oder einer Teilungsanordnung zustimmt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist allerdings auch hier zu fordern, daß der Vertragspartner seine Zustimmung in der Form und Frist der §§ 1944, 1945 gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt.

Auch die vorangehenden Ausführungen gelten grundsätzlich ohne Unterschied, ob der Vertragspartner der Beeinträchtigung seines eigenen Rechts oder des Rechts eines Dritten zustimmt; denn die §§ 2290, 2291 sehen insofern keine Differenzierung vor. Wie sich jedoch zeigen wird, verliert das Problem im ersten Fall - also wenn sich die Zustimmung des Vertragspartners auf die Beeinträchtigung seines eigenen Rechts bezieht - weitgehend an Bedeutung. Der Vertragspartner hat in diesem Fall nämlich die selben Möglichkeiten, den mit der Zustimmung verfolgten Zweck zu erreichen, wie der vertragsmäßig bedachte Dritte.¹⁾

¹⁾ vgl. S. 143, 144

II. Die Zustimmung des bedachten Dritten

1) Der Meinungsstand

Die Zustimmung des bedachten Dritten zu einer Beeinträchtigung seiner vertragsmäßigen Rechtsposition ist gesetzlich nicht geregelt. Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung¹⁾ soll die formlose Zustimmung des Bedachten genügen, um einer beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen Wirkung zu verleihen. Da die in § 2289 I angeordnete Unwirksamkeit nur dem Schutz des vertragsmäßig Bedachten diene, so wird im wesentlichen argumentiert, müsse sie entfallen, wenn dieser die beeinträchtigende Verfügung genehmige. Zum Teil werden Zweifel geäußert, ob die Zustimmung auch noch nach dem Erbfall erklärt werden könne.²⁾ Eine weitere Meinung ist dadurch gekennzeichnet, daß sie die Zustimmung nur im Rahmen des § 242 berücksichtigen will,³⁾ und wiederum andere legen - ohne dabei zu differenzieren, ob die Zustimmung vor oder nach dem Erbfall erklärt worden ist - dem Einverständnis eines bedachten Dritten in keinem Fall die

1) Soergel-Wolf, § 2291, Rdz. 4; Brox, Erbrecht, Rdz. 162; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 3; RGRK-Kregel, § 2289, Rdz. 3; Siebert a.a.O., S. 261 ff

2) Erman-Hense, § 2289, Rdz. 5

3) Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, § 25, V, 3, b, cc

Kraft bei, eine vertragswidrige spätere Verfügung gültig zu machen.¹⁾

In der Rechtsprechung hat sich ebenfalls noch keine klare Linie abgezeichnet. Das OLG Hamm hat sich der zuletzt genannten Auffassung des Schrifttums angeschlossen.²⁾ Im Gegensatz hierzu hat das Reichsgericht³⁾ die Zustimmung eines vertragsmäßig bedachten Dritten zu einer beeinträchtigenden Verfügung für wirksam, der Bundesgerichtshof⁴⁾ die Einwilligung eines durch ein gemeinschaftliches Testament bindend Bedachten gemäß § 242 für beachtlich gehalten.

Der Entscheidung des Reichsgerichts wird allerdings bisweilen unter Hinweis auf eine Äußerung Coings⁵⁾ die Bedeutung für die hier interessierende Frage abgesprochen,⁶⁾ jedoch

1) Dittmann-Reimann-Bengel, § 2289, Rdz. 24, 25; Kipp-Coing, Erbrecht, § 38, III, 6; von Lübtow I, 422; Staudinger-Dittmann, § 2289, Rdz. 20; Palandt-Edenhofer, § 2289, 3c unter Hinweis auf OLG Hamm, OLGZ 74, 378; die ebenfalls angegebene Entscheidung des OLG Celle, RdL 75, 205 - richtig wohl RdL 57, 205 - ist nicht einschlägig, sie befaßt sich nicht mit der Zustimmung.

2) NJW 74, 1774 ff

3) RGZ 134, 325 ff; für eine Anwendung des § 185 auch Soergel-Wolf, § 2291, Rdz. 4

4) BGH DNotZ 58, 495 ff

5) Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, § 38, II, 6, d

6) So z.B. OLG Hamm, a.a.O., S. 1775

zu Unrecht. Dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall lag eine Haftungsklage gegen einen Notar zugrunde, dessen schuldhaftes Verhalten zur Unwirksamkeit eines Erbvertrags geführt hatte. Die im Vertrag begünstigte Dritte nahm den Notar auf Schadensersatz in Anspruch, weil sie nun durch ein späteres Testament gegenüber der vorgesehenen vertraglichen Regelung benachteiligt sei. Auf Grund einer Beweisaufnahme stand jedoch fest, daß der Inhalt des Testaments eingehend mit der Klägerin besprochen und mit ihr über einzelne Punkte regelrecht gefeilscht worden war. Coing behauptet, das Reichsgericht habe die Klage als arglistig erhoben abgewiesen und nur hilfsweise erwogen, eine Einwilligung anzunehmen. Deshalb könne die Entscheidung für den Fall eines wirksamen Erbvertrags keine Gültigkeit beanspruchen.¹⁾

Dieser Meinung kann jedoch nicht gefolgt werden. Richtig ist, daß der Berufungsrichter die Klageabweisung auf die Arglist der Klägerin gestützt hatte. Dagegen ist das Reichsgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß die Klage deshalb keinen Erfolg haben könne, weil es infolge der Zustimmung der Klägerin zu dem beeinträchtigenden Testament an der

¹⁾ Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, 12. Bearbeitung, § 38, II, 6, d, Fn. 12

Kausalität zwischen der schuldhaften Amtspflichtverletzung des Notars und dem behaupteten Schaden der Klägerin fehle. Die Möglichkeit, einer beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen durch die Zustimmung des Bedachten Wirkung zu verleihen, hat das Gericht nicht nur beiläufig erwogen, sondern sie stellt vielmehr die wesentliche Stütze seiner Argumentation für die Unbegründetheit der Klage dar. Daß das Gericht die Zustimmung nicht nur im Rahmen des § 242 für beachtlich gehalten, sondern ihr in Bezug auf das Testament unmittelbar konvaleszierende Wirkung beigemessen hat, zeigt sich bereits darin, daß es als erstes die Feststellung als notwendig erachtet hat, die im Zusammenhang mit der Testamentserrichtung erfolgten Besprechungen hätten rechtsgeschäftlichen Charakter getragen. Es heißt dann in den Urteilsgründen weiter:

"Der auch für diese (der Klägerin) erkennbare Zweck war mithin, sich ihres Einverständnisses zu versichern. Ihres Einverständnisses bedurfte es nur insoweit, als die Verfügungen des Erblassers geeignet sein konnten, die Rechte der Klägerin zu gefährden oder zu beeinträchtigen. Über den Inhalt der vom Erblasser zu treffenden Verfügungen hat der Zeuge C. für diesen mit der Klägerin und ihrem Ehemann bis in die Einzelheiten verhandelt, und er hat schließlich das Einverständnis der beiden zu den Einzelheiten erzielt. Das bedeutet, rechtlich gewürdigt, nichts anderes, als daß die Klägerin dem Testament zugestimmt, daß sie also "eingewilligt" hat (§ 183 BGB). Diese Einwilligung bedurfte keiner Form (§ 182 Abs.2 das.).

Mithin muß die Klägerin die Verfügungen ihres Vaters auch insoweit gegen sich gelten lassen, als diese (möglicherweise) in ihre Rechtsstellung eingreifen konnten. Ihr Vorbringen, sie sei in Wahrheit nicht einverstanden gewesen und habe sich nur im Vertrauen auf den Erbvertrag eines Widerspruchs enthalten, kennzeichnet sich als Berufung auf einen sog. geheimen Vorbehalt und ist daher unbeachtlich (§ 116 BGB).."

Erst im Anschluß hieran erörtert das Gericht hilfsweise, wie die Rechtslage wäre, wenn die Verhandlungen zwischen den Beteiligten nur als verwandtschaftliche, der Erhaltung des Familienfriedens dienende Äußerungen ohne rechtsgeschäftlichen Charakter gewertet werden müßten.¹⁾ Auch unter diesem Gesichtspunkt ändere sich am Ergebnis nichts. Insofern sei nämlich die Auffassung des Berufungsrichters zu billigen, wonach sich die Klägerin selbst im Fall der Gültigkeit des Erbvertrags nicht auf die Unwirksamkeit des Testaments hätte berufen können, ohne sich damit dem Einwand der Arglist auszusetzen. Der Klageabweisung liegt also hauptsächlich die Wertung zugrunde, daß die beeinträchtigende Verfügung wegen der rechtsgeschäftlichen Einwilligung der Klägerin sogar gegenüber einem gültigen Erbvertrag Bestand gehabt hätte. Daher ist die Meinung nicht haltbar, die Entscheidung des Reichsgerichts könne für einen wirksamen Erbvertrag keine Geltung beanspruchen.²⁾

1) Vgl. RGZ 134, 328

2) Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, 13. Bearbeitung, § 38, III, 6, in der Coing seine frühere Behauptung nicht mehr in vollem Umfang aufrecht erhält.

Um deutlich zu machen, wie sich die Zustimmung eines bedachten Dritten zu einer beeinträchtigenden Verfügung auswirkt, ist - wie schon bei der Zustimmung des Vertragspartners - zu unterscheiden, ob der Dritte sein Einverständnis vor oder nach dem Erbfall erklärt hat. Dabei soll zunächst auf die Rechtslage nach dem Erbfall eingegangen werden, weil der Bedachte dann das vertragsmäßig Zugewandte ausschlagen kann und diese Möglichkeit für die Frage der Zustimmung von Bedeutung sein könnte.

2) Die nach dem Erbfall erklärte Zustimmung

a) Zwischen Erbvertrag und späterer einseitiger Verfügung besteht ein Widerspruch

Errichtet der Erblasser ein Testament, in dem er dem vertragsmäßig Bedachten eine Rechtsstellung einräumt, die der vertraglichen Regelung widerspricht ¹⁾ - es soll z.B. der zum alleinigen Vorerben Berufene Vollerbe zu einem bestimmten Bruchteil werden - so wäre denkbar, daß der Bedachte aus wirtschaftlichen oder moralischen Gründen der letztwilligen Verfügung zustimmen will. Betrachtet man die Zustimmung zu einer Verfügung solchen Inhalts zunächst weiter unter dem bereits erwähnten Aspekt ihrer Vereinbarkeit mit der Rechtssicherheit, so zeigt sich, daß allein mit Hilfe des von den Befürwortern der Zustimmung

1) Fast ausschließlich dieser Gesichtspunkt wird von den Befürwortern der Zustimmung hervorgehoben.

vorgeschlagenen Form- und Fristerfordernissen eindeutige Rechtsverhältnisse noch nicht geschaffen wären. Wenn auch die Zustimmung die Unwirksamkeit der Zweitverfügung verhinderte, so hätte dies nicht, wie es den Anschein haben könnte, zur Folge, daß nun an Stelle der in dem Erbvertrag enthaltenen Regelung die testamentarischen Bestimmungen träten. Wie bereits festgestellt wurde, wird der Erbvertrag grundsätzlich nicht durch eine andere Verfügung von Todes wegen außer Kraft gesetzt.¹⁾ Das Gesetz geht vielmehr in § 1948 II für den Fall, daß ein Testament trotz Bestehens eines Erbvertrags weder von dem Tatbestand des § 2289 I 1 noch des § 2289 I 2 erfaßt wird, von dem gleichzeitigen Bestand beider Verfügungen von Todes wegen aus. Begnügte sich der vertragsmäßig Bedachte nun damit, die Zustimmung zu der beeinträchtigenden Verfügung innerhalb der Frist des § 1944 zu erklären, unterließ er es aber, die vertragsmäßige Zuwendung auszuschlagen, so entstünde die mißliche Lage, daß die erbrechtlichen Verhältnisse durch zwei inhaltlich gegensätzliche Regelungen bestimmt würden.

Aber auch dieser, durch die Kollision der Berufungsgründe hervorgerufenen Rechtsunsicherheit könnte dadurch begegnet werden, daß man der Zustimmung zu der beeinträchtigenden Verfügung zugleich die Bedeutung einer Ausschlagung des durch den Erbvertrag Zugewandten

¹⁾ vgl. S. 34

beilegte. Ernsthafte Bedenken gegen eine solche Auslegung der Zustimmungserklärung dürften wohl kaum geltend gemacht werden. Auf Grund der schon beschriebenen Trennbarkeit von Annahme und Ausschlagung bei mehreren Berufungsgründen hat der Bedachte ein echtes Wahlrecht zwischen der ihm zugewiesenen vertragsmäßigen Rechtsposition einerseits und der testamentarischen andererseits.¹⁾ Erklärt er sich nun mit der testamentarischen Regelung einverstanden, weil ihm diese gegenüber der vertraglichen Rechtsstellung vorteilhafter erscheint, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er zugunsten des testamentarischen Berufungsgrundes auf den vertraglichen verzichten will. Sein Geschäftswille kommt somit dem eines Ausschlagenden gleich. Auch ist die Ausschlagung inhaltlich nicht in der Weise formalisiert, daß der Erklärende einen bestimmten Terminus verwenden müßte. Seine Erklärung braucht vielmehr nur den Willen erkennen zu lassen, daß er die Erbschaft oder das Vermächtnis nicht annehmen will.²⁾ Zu beachten ist hierbei allerdings, daß die Ausschlagung einer Erbeinsetzung gemäß § 1945 gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt werden muß; lediglich der Vermächtnisnehmer kann die Zuwendung durch eine formlose Erklärung gegenüber dem Beschwerten ausschlagen.³⁾ Da für die Zustimmung aus Gründen der Rechtssicherheit dieselbe Form verlangt werden müßte wie für die Ausschlagung, das mit ihr verfolgte Ziel aber auch mit der Ausschlagung erreicht

1) Vgl. S. 34 u. 57 ff

2) BayObLGZ 67, 33; Palandt-Edenhofer, § 1945 1; Erman-Bartholomeyczik-Schlüter, § 1945, Rdz. 2; Soergel-Schippel, § 1945, Rdz. 3

3) § 218o

werden kann, bleibt für die Konstruktion jedenfalls einer nach dem Erbfall zu erklärenden Zustimmung kein Raum.

b) Die spätere Verfügung enthält eine Beschränkung des Rechts des Bedachten in Form eines Vermächtnisses, einer Testamentsvollstreckung, Auflage oder Teilungsanordnung

Hat die letztwillige Verfügung nicht den Widerruf der vertragsmäßigen Verfügung zum Gegenstand, sondern lediglich eine lästige Ergänzung in der oben genannten Art, so kann sich der durch den Erbvertrag Begünstigte nicht die ihm zugedachte beschränkte Rechtsstellung dadurch verschaffen, daß er die vertragsmäßige Verfügung ausschlägt. Da er nicht durch mehrere Verfügungen bedacht ist, hätte eine Ausschlagung des vertragsmäßig Zugewandten gemäß § 1953 seinen Wegfall als Erbe zur Folge. Hier stellt sich daher schon eher die Frage, ob der Vertragserbe dem letzten Willen des Erblassers durch seine nachträgliche Zustimmung zur Geltung verhelfen kann.

Gemäß § 185 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Daß die Verfügung von Todes wegen als echte Verfügung angesehen werden kann, wurde bereits bejaht.¹⁾

Auch ist der gebundene Erblasser nicht berechtigt, hinsichtlich des vertragsmäßigen Rechts des Bedachten irgendwelche Anordnungen zu treffen. Weitere Voraussetzung des § 185 ist, daß der Zustimmende "Berechtigter" ist. Dies trifft auf den Vertragserben ebenfalls

1) vgl. S. 3

zu, da sein eigenes Recht i.S.d. § 2289 inhaltlich verändert wird. Eine unmittelbare Anwendung auf die Zustimmung des Bedachten scheidet gleichwohl aus. Wenn nämlich § 185 II bestimmt, daß die Verfügung eines Nichtberechtigten auch dann wirksam wird, wenn der Berechtigte den unbefugt Verfügenden beerbt, so wird deutlich, daß der Gesetzgeber ausschließlich die Zustimmung zu Verfügungen unter Lebenden im Auge hatte. Andernfalls müßte jede Verfügung von Todes wegen zu Lasten des Vertragserben wirksam sein, da dieser stets Rechtsnachfolger des Nichtberechtigten wird. Auch § 182 zeigt, daß der Gesetzgeber nur an eine Zustimmung zu Verfügungen unter Lebenden gedacht hat, denn die letztwillige Verfügung ist weder ein "Vertrag" noch ein einseitiges Rechtsgeschäft, "das einem anderen gegenüber vorzunehmen ist."

Es fragt sich, ob § 185 wenigstens analog auf die Zustimmung des Bedachten zu einer beeinträchtigenden Verfügung angewandt werden kann. Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß eine Gesetzeslücke besteht.¹⁾ Dies ist dann der Fall, wenn eine Regel fehlt, deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der Zielsetzung der gesetzlichen Regelung erwartet werden kann.²⁾ Eine unvollständige Regelung könnte hier insofern zu bejahen sein, als das Gesetz die Möglichkeit des bedachten Dritten, sich mit einer späteren Belastung einverstanden zu erklären, nicht vorsieht.

1) Vgl. statt aller Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 354 ff und Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 ff

2) Vgl. Fn. 1

Allerdings ist nicht schon jedes Schweigen des Gesetzes mit einer Lücke des Gesetzes gleichzustellen. Voraussetzung ist überdies, daß das Schweigen nicht "beredt" ist.¹⁾ Denkbar wäre nämlich, daß der Gesetzgeber eine Zustimmung des Dritten nach dem Erbfall nicht mehr zulassen wollte und sie aus diesem Grunde nicht erwähnt hat. "Beredt" wäre das Schweigen aber auch dann, wenn die zu entscheidende Frage einer rechtlichen Regelung überhaupt nicht bedürfte. Wie bereits angedeutet wurde, setzt die analoge Anwendung einer Vorschrift voraus, daß eine begründete Forderung an das Recht in der vorhandenen gesetzlichen Regelung keine Erfüllung findet.

Fragt man, ob für die Zustimmung des bedachten Dritten zu einer Beeinträchtigung der hier genannten Art eine gesetzliche Regelung als zwingend notwendig erscheint, so läßt sich folgendes sagen:

Vom Standpunkt des Zuwendungsempfängers ist kaum ein Interesse an einer solchen Regelung zu begründen. Wirtschaftliche Vorteile kann ihm die Zustimmung zu der hier infrage stehenden Belastung seines Rechts mit einem Vermächtnis, einer Auflage, Testamentsvollstreckung oder Teilungsanordnung nicht bringen. Sein moralisches Bedürfnis, dem letzten Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen, kann er auf andere Weise befriedigen: Ist er mit einem Vermächtnis belastet, so mag er dem Wunsch des Erblassers dadurch entsprechen, daß er den vermachten Gegenstand an den letztwillig Bedachten herausgibt. Ebenso liegt es

1) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 354 ff

an ihm, eine einseitig angeordnete Auflage oder eine Teilungsanordnung freiwillig zu erfüllen, und im Fall einer Testamentsvollstreckung kann er die vom Erblasser vorgesehene Person mit einer der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers entsprechenden unwiderruflichen Vollmacht ausstatten. Zwar reichte seine Vollmacht allein bei einer Mehrheit von Erben nicht aus, um den letzten Willen des Erblassers zu vollziehen; dazu wäre vielmehr eine Vollmacht aller Erben erforderlich. Ebenso wenig würde aber die Zustimmung allein eines Erben genügen, um einer Testamentsvollstreckung Wirkung zu verleihen.

Auch aus der Sicht des Erblassers ist ein Bedürfnis für eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht erkennbar. Ihm kommt es auf die Verwirklichung seines vom Erbvertrag abweichenden Willens an. Ob dies dadurch geschieht, daß seine letztwillige Verfügung auf Grund der Zustimmung des Bedachten wirksam wird oder derart, daß der Bedachte den Willen des Erblassers in der oben beschriebenen Weise tatsächlich erfüllt, wird für ihn von untergeordnetem Interesse sein. Er muß ohnehin die Ungewißheit darüber mit ins Grab nehmen, ob sich der Bedachte mit der Beeinträchtigung seines Rechts einverstanden erklären wird. Daher wird ihm eher daran gelegen sein, zu seinen Lebzeiten klare Verhältnisse zu schaffen. Nach alledem kann aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung, derzufolge der Bedachte einer Belastung seines Rechts noch nach dem Erbfall zustimmen

könnte, nicht auf eine Lücke des Gesetzes geschlossen werden. § 185 ist somit auf die nach dem Erbfall erklärte Zustimmung des Bedachten nicht analog anwendbar.

Eine Zustimmung zu einem Vermächtnis, einer Auflage, Testamentsvollstreckung oder Teilungsanordnung ist also unbeachtlich.

3) Die vor dem Erbfall erklärte Zustimmung

Räumt der Erblasser dem bedachten Dritten letztwillig eine vom Erbvertrag abweichende Rechtsstellung ein, so kann die Zustimmung nicht - wie es das Reichsgericht angenommen hat - dazu führen, daß die spätere Verfügung dem Erbvertrag vorgeht. Wie bereits gezeigt, würde die wirksame einseitige Regelung den Erbvertrag nicht außer Kraft setzen, sondern neben ihm Bestand haben. In der Zustimmung könnte in diesem Fall auch nicht zugleich die Ausschlagung des vertragsmäßig Zugewandten gesehen werden, da vor dem Erbfall ein Gegenstand, auf den sich die Ausschlagung beziehen könnte, nicht gegeben ist. Bleibt aber dem Vertragserben trotz Zustimmung zu der beeinträchtigenden Verfügung die Ausschlagung des vertragsmäßig Zugewandten nach dem Erbfall nicht erspart, so kann der Zustimmung vor dem Erbfall grundsätzlich keine selbständige Bedeutung beigemessen werden.

Ist der Erblasser bereit, den Bedachten in seine Änderungspläne einzuweißen - andernfalls

würde sich das Problem einer Zustimmung vor dem Erbfall erst gar nicht stellen - so kann er sein Ziel dadurch erreichen, daß er mit dem Bedachten einen Erbverzichtsvertrag schließt. Ein solcher Vertrag, dem der Vertragspartner des Erbvertrags nicht zuzustimmen braucht,¹⁾ ist nicht auf das Erbrecht oder die Vermächtnisforderung beschränkt, sondern kann sich auch auf Bruchteile beider Zuwendungen beziehen.²⁾

Anders ist die Rechtslage möglicherweise zu beurteilen, wenn die letztwillige Verfügung lediglich eine lästige Ergänzung in Form eines Vermächtnisses, einer Testamentsvollstreckung, Auflage oder Teilungsanordnung enthält. In diesem Fall sieht das Gesetz jedenfalls ausdrücklich keine Möglichkeit vor, daß der Erblasser seinen vom Erbvertrag abweichenden Willen im Einvernehmen mit dem Bedachten Wirksamkeit verleiht. Nicht einmal mit einer Ausschlagung seitens des Bedachten ließe sich der vom Erblasser gewünschte Erfolg herbeiführen. Um dem Bedürfnis nach einer einvernehmlichen Regelung gleichwohl Rechnung zu tragen, schlägt Coing vor, den

1) Palandt-Edenhofer, § 2352, 2b; Staudinger-Ferid, § 2352, Rdz. 13; RGRK-Johannsen, § 2352, Rdz. 4; bei einem Erbvertrag zwischen mehr als zwei Beteiligten wird z.T. auch ein Erbverzicht mit einem der Vertragsschließenden für möglich gehalten, Soergel-Müller, § 2352; BayObLGZ 65, 188

2) Vgl. Damrau, a.a.O., S. 88 ff; Palandt-Edenhofer, § 2346, 1a u. 3; Coing, JZ 60, 209 ff; vgl. ferner Motive V, 480: "von selbst versteht es sich, daß ein Erbverzicht teilweise...erfolgen kann"

Anwendungsbereich des Erbverzichtsvertrages entsprechend zu erweitern.¹⁾ Das hieße, daß sich der Bedachte auch mit der hier zur Rede stehenden Einschränkung seines Rechts einverstanden erklären könnte.

Ob der Erbverzichtsvertrag ein zulässiges Mittel ist, Belastungen dieser Art Wirksamkeit zu verschaffen, könnte fraglich sein. Immerhin enthält § 2291 bereits eine Regelung für die vor dem Erbfall erteilte Zustimmung zu einer beeinträchtigenden Verfügung. Diese bezieht sich auf die Erklärung des Vertragspartners des Erblassers, nicht aber auch auf das Einverständnis eines bedachten Dritten. Daraus könnte zu folgern sein, daß die entsprechende Erklärung des Dritten keine Wirkung haben solle. Wäre dieser Schluß richtig, dürfte der Gegenstand des Erbverzichtsvertrages nicht in der von Coing vorgeschlagenen Weise erweitert werden.

Näher als die Annahme, aus § 2291 müsse auf die Unwirksamkeit der Zustimmung geschlossen werden, liegt allerdings die Vermutung, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit übersehen hat, diesen Sachverhalt zu regeln. Die Motive äußern sich jedenfalls nirgends zu dieser Frage. Bedenkt man weiterhin, daß der Begünstigte durch Vertrag sogar auf die ganze

¹⁾ Coing JZ 60, 209 ff

Erbschaft verzichten kann, so muß es ihm erst recht möglich sein, eine weniger einschneidende Anordnung zu billigen, so z.B. ein Vermächtnis, eine Testamentsvollstreckung, Auflage oder eine Teilungsanordnung.

Wenn hiernach gegen den Inhalt einer solchen Regelung nichts einzuwenden ist, liegt es nahe, auch den Parteien des "Erbverzichts" das Formprivileg des § 2291 zugute kommen zu lassen. Diese Vorschrift erleichtert den Parteien eines Erbvertrags die Aufhebung vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflagen, indem sie hierfür die Zustimmung des Vertragspartners zu einem entsprechenden Widerrufstestament ausreichen läßt. Da die Interessenlage bei beiden Verträgen vergleichbar ist - der Erblasser und sein Vertragspartner wollen jeweils, daß ein Erbrecht oder eine Vermächtnisforderung nicht zur Entstehung gelangt - und kein Grund ersichtlich ist, der eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle rechtfertigen würde, muß auch der Erbverzicht in Form eines Widerrufstestaments, dem der Bedachte zustimmt, für wirksam erachtet werden.

Als Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß das Einverständnis des bedachten Dritten zu einer Beeinträchtigung seines Rechts unbeachtlich ist, und zwar ohne Unterschied, ob es vor oder nach dem Erbfall erklärt wurde. Es erscheint jedoch angebracht, in Anlehnung an Coing den Gegenstand des Erbverzichts um die Zustimmung zu belastenden Anordnungen des Erblassers zu erweitern und

insoweit den Erbverzicht den erleichterten Formanforderungen des § 2291 zu unterwerfen.

4) Die Berücksichtigung der Zustimmung im Rahmen des § 242

Zu prüfen bleibt, ob eine beeinträchtigende Verfügung des Erblassers infolge der Zustimmung nicht wenigstens in dem Sinne konvalesziert, daß sich der Bedachte nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Verfügung berufen kann.¹⁾ Nach dem aus § 242 folgenden Verbot des venire contra factum proprium kann die Rechtsausübung als Widerspruch zum eigenen Verhalten dann unzulässig sein, wenn der Berechtigte dadurch das Vertrauen erweckt hat, er werde sein Recht "nicht in dieser Form, nicht zu dieser Zeit oder überhaupt nicht geltend machen."²⁾ Dies gilt uneingeschränkt, soweit es zwischen den Parteien um schuldrechtliche Vereinbarungen geht. Bei erbrechtlichen Verträgen hingegen ist zu differenzieren: Bezieht sich der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auf einen Anspruch des Vermächtnisnehmers oder des Vollziehungsberechtigten einer Auflage, so dürften kaum Bedenken gegen die Anwendbarkeit

1) Vgl. RGZ 134, 325; BGH DNotZ 58, 495; Bartholomeyczik-Schlüter, § 25, V, 3, b, cc; Soergel-Wolf, § 2291, Rdz. 4; Brox, Erbrecht, Rdz. 162; Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 37, III, 3; RGRK-Kregel, § 2289, Rdz. 3

2) Esser-Schmidt, AT, Bd. 1, § 10, III, 2a

des § 242 erhoben werden, da insoweit ebenfalls nur relative Rechte in Frage stehen. Anders ist die Rechtslage indes, wenn der Einwand in die "Zuständigkeit des absoluten Erbrechts" ¹⁾ eingreift; denn § 242 ist eine Vorschrift, die persönliche Rechtsbeziehungen regelt.²⁾ Das Problem, ob § 242 auf Zuordnungsfragen absoluter Rechte anwendbar ist, wird in Rechtsprechung und Literatur zumeist im Hinblick auf Formmängel erbrechtlicher Erklärungen erörtert. Der BGH hat in einem grundlegenden Urteil ausgesprochen, daß ein an sich formnichtiger Hofübergabevertrag dann als gültig anzusehen sei, wenn der Einwand der Formnichtigkeit gegen Treu und Glauben verstoße.³⁾ Nachdem das Gericht diese Entscheidung mehrfach bezüglich schuldrechtlicher Verträge bestätigt hatte,⁴⁾ hat es schließlich auch einem formnichtigen Erbvertrag aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Wirksamkeit zugesprochen.⁵⁾ Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur

1) Damrau a.a.O., S. 118

2) Vgl. Westermann, § 2, III, 4; Wieacker, Recht und Staat, 193, 194

3) BGHZ 12, 286 (303, 304)

4) Z.B. bezüglich eines Grundstückskaufvertrags, BGHZ 16, 334 (337)

5) BGHZ 23, 249 (256 ff)

Gültigkeit von Hofübergabeverträgen ist dem beigetreten.¹⁾

Die Entscheidungen sind im Schrifttum überwiegend abgelehnt worden.²⁾ Zu Recht hat Wieacker in diesem Zusammenhang geltend gemacht, daß in dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung die persönlichen Anforderungen an das rechtsethische Verhalten des Anspruchsgegners zum Ausdruck kommen, die jeweils nur im intersubjektiven Verhältnis der Vertragsparteien vollziehbar sind.³⁾ Die Anwendung von § 242 auf erbrechtliche Geschäfte würde aber notwendigerweise aus dem nur inter partes wirkenden Einwand die Änderung erbrechtlicher Lagen inter omnes machen. Ließe man den Einwand der Arglist nur im Verhältnis des Zustimmenden zum nachträglich berufenen Erben gelten, so hätte das kaum lösbare Schwierigkeiten zur Folge.⁴⁾ Zweifelhaft wäre, wie der auf Grund der beeinträchtigenden Verfügung Berufene im Außenverhältnis aufzutreten hätte, ob er oder der zustimmende, der die Erbschaft

1) OLG Celle, DNotZ 56, 429 ff; OLG Schleswig, RdL 55, 330 ff; OLG Hamm, RdL 57, 75 ff

2) Vgl. die Zusammenstellung bei Schulte, NJW 58, 361

3) Wieacker, DNotZ 56, 120; Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 86

4) Erman-Hense, Rdz. 6 u. 7 vor § 2346; Schulte, NJW 58, 820 u. Bartholomeyczik, Erbrecht, 5. Auflage vertreten die Auffassung, daß eine Aufspaltung des Erbrechts in ein Innen- und Außenverhältnis auf Grund des § 242 möglich sei.

möglicherweise schon vollständig herausgegeben hat, für die Nachlaßschulden zu haften hätte. Problematisch wäre weiterhin, ob der gute Glaube an den Erbschein beseitigt wäre, wenn jemand mit dem, der nach außen hin Erbe wäre, ein Rechtsgeschäft tätigte, in Kenntnis, daß ein anderer im Innenverhältnis zu seinem Vertragspartner Erbe ist.¹⁾ Die Aufspaltung des absoluten Erbrechts in ein Innen- und Außenverhältnis mit verschiedenen Personen als Erben ist daher nicht möglich; die Erbenstellung kann nur einheitlich gegenüber jedermann festgestellt werden.²⁾

Würde die Frage, wem eine solche absolute Rechtsstellung zukommt, unmittelbar nach Treu und Glauben entschieden, so würde der rechtssprechenden Gewalt eine unzumutbare Verantwortung auferlegt.³⁾ Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Richter, der darüber zu befinden habe, ob z.B. eine Hypothek wirksam bestellt, eine Ehe wirksam geschlossen oder eine Verfügung von Todes wegen wirksam errichtet worden sei, notwendigerweise mit Wirkung inter omnes über das Bestehen absoluter Sachen-, Familien- und Erbrechte entscheide.⁴⁾

1) Diese Einwände macht auch Damrau geltend, a.a.O., S. 120, 121

2) Lange, Der entgeltliche Erbverzicht, 119 ff; Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 86; Herminghausen, DNotZ 58, 115 ff; Kipp-Coing, Erbrecht, § 19, III

3) Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, § 19, IV

4) So aber Damrau, a.a.O., S. 124

Es ist nämlich durchaus von Unterschied, ob ein absolutes Recht wegen Fehlens irgendwelcher Tatbestandsvoraussetzungen nicht zur Entstehung gelangt oder ob ein Vertragspartner trotz wirksamer Forderung, dinglicher Einigung und Eintragung in Anwendung einer Billigkeitsnorm nicht als Hypothekar, trotz wirksamer Eheschließung nicht als Ehegatte oder trotz wirksamen Erbvertrags nicht als Erbe behandelt wird. Was die Rechtsstellung des Erben angeht, so zeigt zudem die Abschaffung des § 48 II TestG, der die Möglichkeit gab, eine formgerechte Verfügung von Todes wegen als nichtig zu behandeln, daß die bindende Bestimmung der Rechtsnachfolge durch den Erblasser nicht auf Grund des § 242 abgeändert werden darf.¹⁾

In Betracht kommt jedoch u.U. ein schuldrechtlicher Anspruch des nicht wirksam Bedachten gegen den Zustimmenden aus §§ 826, 249. Hat der Zustimmende, sein Einverständnis vorspiegelnd, den Erblasser zu der nachträglichen Verfügung von Todes wegen veranlaßt, etwa um ihn von einer entsprechenden Verfügung unter Lebenden abzuhalten, so hat er dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einen Schaden zugefügt. Dies führt dazu, daß der nicht wirksam Bedachte im Ergebnis so zu stellen ist, wie er stünde, wenn die Einwilligung in die beeinträchtigende

¹⁾ So auch Wieacker, Recht und Staat, 193, 194, FamRZ 57, 287 ff, DNotZ 56, 115 ff

Verfügung wirksam wäre.¹⁾

5) Die Zustimmung des anderen Vertragsteils
zur Aufhebung eines Ehegattenerbvertrags

Eine Besonderheit bei der Aufhebung vertragsmäßiger Verfügungen durch Testament besteht für den zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrag.²⁾ Gemäß § 2292 kann ein solcher Erbvertrag auch durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufgehoben werden. Es fragt sich, ob diese Vorschrift nicht erweiternd dahin ausgelegt werden kann, daß bereits der Widerruf der vertragsmäßigen Verfügung durch einen einzelnen Ehegatten mit Zustimmung des anderen Ehepartners ausreicht. Bedenken hiergegen könnten sich deshalb ergeben,

-
- 1) Für den ähnlich gelagerten Fall, daß ein gesetzlicher Erbe arglistig die Formnichtigkeit eines Testaments erreicht, in dem der Erblasser einen Dritten eingesetzt hatte, wird ein Schadensersatzanspruch des Dritten bejaht von Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 36; Boehmer II, 2, S. 98. Für die Anwendung des § 826 auch Wieacker, Recht und Staat, 193, 194, S. 51
- 2) Nach h.M. ist die Vorschrift des § 2292 entgegen ihrem Wortlaut auch dann anwendbar, wenn die Parteien zwar nicht bei Abschluß, wohl aber bei Aufhebung des Erbvertrags verheiratet sind; Soergel-Wolf, § 2292, Rdz. 2; Dittmann-Reimann-Bengel, § 2292, Rdz. 2; RGRK-Kregel, § 2292, Rdz. 1; Erman-Hense, § 2292, Rdz. 1; Planck-Greifff, § 2292, 2; Staudinger-Dittmann, § 2292, Rdz. 2; Kipp-Coing, Erbrecht, § 39, III; OLG Köln, FamRZ 74, 51

weil das gemeinschaftliche Testament - anders als der Erbvertrag unter Ehegatten - begrifflich voraussetzt, daß jeder Ehegatte irgendeine Verfügung von Todes wegen trifft. Das wäre aber gerade nicht der Fall, wenn der eine Ehegatte nur die von dem anderen getroffenen Verfügungen als Ausdruck der Billigung mitunterzeichnete, ohne selbst zu testieren.¹⁾

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß die Wirksamkeit der Verfügungen des einen Testators nicht davon abhängt, daß die Verfügungen des anderen Teils wirksam sind. Dies muß der Vorschrift des § 2270 I entnommen werden, nach der nur die Nichtigkeit einer wechselbezüglichen Verfügung die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments nach sich zieht. Würde also der eine Ehepartner seine vertragsmäßigen Verfügungen widerrufen, der andere formgerecht eine - nicht wechselbezügliche - Verfügung beliebigen Inhalts errichten, so wäre die Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung selbst dann wirksam, wenn die Verfügung des anderen Ehegatten unwirksam wäre oder dieser sie einige Stunden nach ihrer Errichtung widerriefe. Daß derjenige Ehegatte, der selbst keine Verfügung treffen will, durch § 2292 nicht zur Abgabe einer Scheinerklärung bestimmt werden soll, um der Verfügung seines Partners Wirkung zu verleihen, liegt auf der Hand. Auch ist kein Grund ersichtlich, um dessentwillen die Erleichterung, die § 2292 Eheleuten für die Aufhebung ihrer vertragsmäßigen Verfügungen gewährt, nicht für einen

¹⁾ Vgl. BayObLG, NJW 59, 199; Palandt-Edenhofer, § 2267, 5; Erman-Hense, § 2267, Rdz. 3

einseitigen Erbvertrag¹⁾ gelten soll oder für einen zweiseitigen, bei dem nur der eine Ehepartner seine vertragsmäßigen Verfügungen aufheben will. Es muß daher für den Fall, daß nur der Widerruf der Verfügungen eines von ihnen beabsichtigt ist, die Aufhebung dieser Verfügungen mit Zustimmung des anderen Ehegatten als ausreichend angesehen werden.²⁾ Aufhebungstestament und Zustimmung müssen aber dem Formerfordernis des gemeinschaftlichen Testaments genügen.

1) Also bei einem Erbvertrag, bei dem nur der eine Ehegatte vertragsmäßig verfügt hatte

2) So im Ergebnis auch Strohal I, S. 389, 390, Fn. 21; Planck-Greiff, § 2292, 1; Staudinger-Dittmann, § 2292, Rdz. 5; Palandt-Edenhofer, § 2292, 1

§ 3 Zusammenfassung

Die erbrechtliche Bindung ist in § 2289 Abs.1, Satz 2 ausgesprochen. Sie besteht darin, daß der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen treffen kann, die das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde.

Mit dem Begriff "Recht" in dieser Vorschrift ist weder ein Erbrecht des Bedachten gemeint noch ein sonstiges subjektives Recht. Es kann darin nicht einmal - wie es zum Teil geschieht - ein künftiges subjektives Recht gesehen werden. Vielmehr handelt es sich hierbei lediglich um eine begriffliche Abstraktion des jeweiligen Inhalts der erbvertraglichen Regelung, die zugunsten einer bestimmten Person getroffen wurde.

Im Rahmen der Auslegung des Merkmals der "Beeinträchtigung" ist in Rechtsprechung und Literatur teils von einer wirtschaftlichen, teils von einer rechtlichen oder sogar gemischt wirtschaftlich-rechtlichen Betrachtungsweise die Rede. Diesen Äußerungen liegen nicht - wie allgemein angenommen wird - gegensätzliche Auffassungen zugrunde. Eine rein wirtschaftliche Betrachtung in dem Sinne, daß der Erblasser die vertragliche Regelung beliebig abändern könnte, solange der Bedachte nur keinen wirtschaftlichen Nachteil erleidet, wird von niemandem vertreten. Wie sich gezeigt hat, verstehen diejenigen Autoren, die auch

wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen wollen, die "rechtliche Beeinträchtigung" in einem engeren Sinn, nämlich als gleichbedeutend mit dem Widerspruch i.S.d. § 2258. Von einer "wirtschaftlichen Beeinträchtigung" sprechen sie demgemäß dann, wenn die Berufung des Bedachten zum Erben zwar bestehen bleibt, seine Position jedoch durch ein Vermächtnis, eine Auflage oder Teilungsanordnung belastet wird. Da die "Vertreter einer rechtlichen Betrachtungsweise" in diesen Fällen gleichermaßen eine Beeinträchtigung annehmen - sie legen den Begriff von vornherein weiter aus - sollte insoweit eine Differenzierung vermieden werden.

Im übrigen lassen sich bei der Frage nach dem Inhalt des Merkmals der Beeinträchtigung drei Meinungen auseinander halten: Die erste spricht sich gegen jede einseitige Veränderung der vertragsmäßigen Regelung aus. Die beiden anderen Auffassungen lassen eine Erweiterung des Rechts des Bedachten zu, beurteilen diese jedoch an Hand unterschiedlicher Kriterien. Keiner der Meinungen kann uneingeschränkt gefolgt werden. Wie sich herausgestellt hat, muß die Wirksamkeit einer dem Erbvertrag nachfolgenden Verfügung vor dem Hintergrund der §§ 1948 II und 1951 gesehen werden. Das bedeutet, daß nur solche Verfügungen gegenüber dem Erbvertrag Bestand haben können, bei denen es nicht deshalb zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Erbfolge kommen kann, weil sich mehrere Bedachte auf Grund

ihrer zweifachen Ausschlagungsmöglichkeit für dieselbe Zuwendung entscheiden. Wirksam sind demnach die Zuwendung eines weiteren Erbteils oder eines zusätzlichen Vermächnisses, ferner die Berufung des Bedachten zum Alleinerben.

Eine Verfügung, die das Recht des Bedachten nicht erweitert, ist gleichwohl wirksam, wenn die Parteien einen entsprechenden Vorbehalt vereinbart haben. Der Vorbehalt läßt ein "Recht" des Bedachten von vornherein in dem Umfang nicht entstehen, in dem der Erblasser seine Verfügungsbefugnis behält. Reicht der Vorbehalt so weit, daß dem Erblasser in unbeschränktem Maß die Testierfreiheit erhalten bleibt, so entsteht kein "Recht" des Bedachten; von einer vertragsmäßigen Verfügung kann dann nicht die Rede sein. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist jedoch weder die Verfügung noch der Vorbehalt unwirksam. Die Verfügung hat vielmehr als einseitige Bestand.

Bei der Betrachtung des Vorbehalts hat sich gezeigt, daß die Frage nach der Bindung bei einer solchen Verfügung zu erheblichen Problemen führt. In Lehrbüchern und Kommentaren findet sich die nirgends bestrittene Auffassung, daß der unter Vorbehalt stehenden Verfügung die Bindungswirkung fehle. Daraus wird gefolgert, daß nicht alle in einem Erbvertrag enthaltenen Verfügungen unter einem Vorbehalt stehen

dürften, denn ein Erbvertrag ohne Bindung sei nicht denkbar. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Sie erkennt, daß die erbvertragliche Bindung nur unzureichend mit der Aussage umschrieben wird, der Erblasser könne nicht mehr von Todes wegen verfügen. Aus § 2289 ergibt sich vielmehr, daß der Erblasser nur solche Verfügungen nicht mehr vornehmen kann, die das "Recht" des Bedachten beeinträchtigen würden. Der Widerspruch in der Argumentation jener Autoren, die eine Bindung verneinen, tritt an anderer Stelle deutlich zutage. Sie bringen nämlich gleichzeitig zum Ausdruck, daß jede Verfügung, die sich nicht im Rahmen des Vorbehalts halte, wegen Beeinträchtigung des "Rechts" des Bedachten unwirksam sei. Wenn es also auch nach jener Ansicht trotz des Vorbehalts ein "Recht" des Bedachten gibt, das beeinträchtigt werden kann, so ist der Erblasser in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt, und es besteht somit eine erbvertragliche Bindung. Daraus folgt weiter, daß alle vertragsmäßigen Verfügungen unter einem Vorbehalt stehen können, ohne daß die gesamte Verfügung dadurch in ihrem "Wesen verändert" oder "inhaltslos" würde, also nur ein öffentliches Testament wäre. Bei einer einzelnen Anordnung kann der Vorbehalt, anders als in der Literatur vertreten wird, sogar die ersatzlose Aufhebung der Verfügung zum Gegenstand haben. Voraussetzung ist nur, daß die Aufhebungsmöglichkeit nicht in die Willkür des Erblassers gestellt ist.

Bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht eingehend erörtert ist die Frage, inwieweit eine Zustimmung des Vertragspartners oder eines bedachten Dritten den Eintritt der Rechtsfolge des § 2289 verhindert. Zum Teil wird die Zustimmungsmöglichkeit - soweit sie nicht gesetzlich vorgesehen ist - ganz abgelehnt, zum Teil uneingeschränkt bejaht. Nach der hier vertretenen Auffassung zeigt die Zustimmung unterschiedliche Wirkungen, je nachdem, ob sie vom Vertragspartner oder von einem bedachten Dritten, ob sie vor oder nach dem Erbfall erteilt wurde. Gemäß § 2291 führt die Zustimmung des Vertragspartners zur Wirksamkeit einer Anordnung, mit der der Erblasser ein vertragsmäßiges Vermächtnis oder eine vertragsmäßige Auflage widerruft. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung gilt diese Vorschrift auch für eine nach dem Erbfall erklärte Zustimmung. Dies ergibt ein Umkehrschluß aus § 2291 Abs. 1, Satz 2, der zwar § 2290 Abs. 3 für analog anwendbar erklärt, nicht jedoch § 2290 Abs. 1, Satz 2. Darüber hinaus erscheint es gerechtfertigt, die Vorschrift sowohl vor als auch nach dem Tod des Erblassers für den Fall anzuwenden, daß der Erblasser einen vertragsmäßig Bedachten mit einem Vermächtnis, einer Auflage, Testamentsvollstreckung oder Teilungsanordnung belastet hat. Wirkungslos ist dagegen in jedem Fall die Zustimmung zur Aufhebung oder Anordnung einer Erbeinsetzung.

Für den bedachten Dritten kommt eine Zustimmung nicht in Betracht. Entsprechend der hier vertretenen Ansicht, nach der bei mehreren

Berufungsgründen Annahme und Ausschlagung stets trennbar sind, kann der Bedachte der einseitigen Anordnung nach dem Erbfall in den meisten Fällen zur Wirksamkeit verhelfen, indem er die vertragsmäßige Zuwendung ausschlägt.

Vor dem Erbfall verliert die Frage nach der Zustimmungsmöglichkeit des Bedachten weitgehend ihre Bedeutung, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen würde die infolge der Zustimmung wirksame Verfügung neben der vertragsmäßigen Verfügung Bestand haben; dem Bedachten bliebe also die Ausschlagung des vertragsmäßig Zugewandten ohnehin nicht erspart. Zum anderen bietet der Erbverzichtsvertrag nach der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit, das Recht des Bedachten in beliebigem Umfang zu beschränken. Besteht die Beeinträchtigung in der nachträglichen Anordnung eines Vermächtnisses, einer Testamentsvollstreckung, Auflage oder Teilungsanordnung, so braucht der Erbverzicht nur den erleichterten Formanforderungen des § 2291 zu genügen.

Lebenslauf

Am 10. Februar 1949 wurde ich, Rudolf, Bernhard Hülsmeier, als drittes Kind des späteren Justizoberamtsrats Clemens Hülsmeier und seiner Ehefrau Franziska, geborene Timmer, in Recke geboren. Ich habe drei Geschwister und bin mit der Lehrerin Ursula, geborene Bork, verheiratet.

Im Juni 1969 legte ich auf dem Ratsgymnasium in Münster das Abitur ab. Zum Wintersemester 1969 begann ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster das Studium der Rechtswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich im August 1974 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Die sich unmittelbar daran anschließende Referendarzeit endete im April 1977 mit dem Assessorexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover.

Nach kurzzeitiger Tätigkeit in einer Rechtsanwaltspraxis und einem anschließenden Promotionsstudium trat ich im Juni 1979 in die Bundesfinanzverwaltung ein. Seit August 1979 bin ich als Dozent am Fachbereich Finanzen der Fachhochschule des Bundes tätig.

